



د. محمد إبراهيم أبو العيثنين

مَسَائِدُ الْقَائِمَاتِ

لِرِجَالِ الْأَعْمَالِ فِي الْمَمْلَكَةِ الْعَرَبِيَّةِ السُّعُودِيَّةِ



الطبعة الأولى
١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م

د. محمد إبراهيم أبو العينين

مبادئ القانون

درجته الأولى في المملكة العربية السعودية

الطبعة الأولى
١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الناشر
تهامة

جسدة - المملكة العربية السعودية
ص.ب ٥٤٥٥ - هاتف ٦٤٤٤٤٤٤٤

جميع الحقوق لهذه الطبعة محفوظة للناس

مبادئ القانون
دروس في المملكة العربية السعودية

تصدير

تهدف هذه الدراسة لمبادئ القانون الى تزويد الطلاب ورجال الاعمال في المملكة العربية السعودية بالمعلومات والمبادئ الاساسية لمادة القانون حتى يمكن لهم خوض ميادين الاعمال المختلفة وهم على بينة من القواعد والمبادئ الاساسية التي تكفل ممارستهم لاعمالهم دون الوقوع في المخالفات القانونية التي قد تعرضهم أو تعرض أعمالهم للاخطار الناشئة عن مخالفة الانظمة واللوائح المختلفة .

وبديهي ان تتضمن هذه الدراسة فضلا عن المبادئ الاساسية للانظمة في المملكة العربية السعودية الاشارة الى بعض الفوارق الهامة بين الانظمة القانونية المختلفة حتى يكون الدارس على بينة منها عندما يمتد نطاق تعامله الى الخارج ليخضع لانظمة أخرى تختلف قواعدها عن القواعد المعمول بها في المملكة . وتفترق هذه الدراسة عن الدراسات التقليدية الاخرى للانظمة وفروع القانون في أن القصد منها ليس اعداد الدارس ليكون متخصصا في فرع من فروع القانون أو ممارسة للاعمال القانونية وانما الغرض الاساسي من هذه الدراسة أن يكون المضطلع بها على بينة من القواعد العامة والمبادئ الاساسية في بعض فروع القانون .

وانطلاقا من هذا الهدف فقد وقع الاختيار على دراسة بعض الموضوعات من فروع القانون المختلفة ، فبعد ان يزود القارئ بفكرة مبسطة عن التعريف بالقانون وماهيته وأقسامه ومصادره ينتقل الى دراسة بعض الموضوعات الاساسية

كالعقود وحق الملكية وبعض موضوعات القانون التجارى كالاوراق التجارية والشركات والافلاس فضلا عن قانون العمل وقانون التأمينات الاجتماعية وغير ذلك من الموضوعات التى يكون من الضرورى الالم بها .
لكل اولئك فقد أعددت هذا المؤلف المتواضع حتى أيسر على القارىء دراسة هذه الموضوعات وهى وان كانت لا تغنيه عن الالتجاء الى المراجع المختلفة الا انها قد تكون عوناً له على الاحاطة بها .

والله ولى التوفيق ...

المؤلف

صف ١٤٠١ م
يناير ١٩٨١ م

المجلد الأول النظرية العامة للقانون والعقد

الباب الأول

المدخل لدراسة القانون

الباب الثاني

النظرية العامة للعقد

الباب الأول

المدخل لدراسة القانون

الفصل الأول

تعريف وخصائص القانون

المبحث الأول : تعريف القانون

الانسان اجتماعي بطبعه ، تدفعه غريزته الى ان يعيش مع غيره من الناس ، ليأتمنئ بهم ، ويتعاون معهم ويتبادلواياهم المنافع . ومادام الناس لا يعيشون الا مجتمعين فلا بد من ان تنشأ بينهم علاقات ، ولا بد لتنظيم علاقاتهم من قواعد تبين لكل منهم ماله وما عليه ، والا سادت الفوضى وكانت الغلبة للاقوى ، وانعدمت الطمأنينة والاستقرار وانقلب كل فرد الى منافس خطر على الآخرين من بنى جنسه ، يعمل على قهرهم بكل ما اوتي من قوة .

لذلك فان القانون ضرورى لحفظ كيان المجتمع ، وهو ملازم له في نشأته مساير له في تطوره ، بل ان المجتمع يأخذ منذ نشأته في افراز قواعد قانونية تكون وظيفتها ضبط العلاقات بين افراده ، وبث روح النظام والطمأنينة والاستقرار فيهم .

ونستخلص من ذلك أن القاعدة القانونية قاعدة اجتماعية وهى نتيجة طبيعية لوجود المجتمع الانسانى .

والقانون بوجه عام هو مجموعة القواعد الملزمة التى تنظم علاقات الأشخاص فى المجتمع تنظيما عادلا يكفل حريات الأفراد ويحقق الخير العام .

فالقانون اذا هو مجموعة القواعد التى تنظم حياة الجماعة الانسانية ، وهو النظام الذى تتحدد وفقا له علاقات اعضاء الجماعة ، وبغير هذا النظام لايتصور وجود جماعة انسانية فليس من الممكن قيام جماعة انسانية اذا لم يتم تجميع الافراد فيها ، على تنظيم لبناء سياسى معين يضم هؤلاء الافراد .

واذا كانت للقانون هذه الاهمية فمن الضرورى ان تكون طاعته واجبة على كل الافراد ، وان يكون هناك جزاء يلحق كل مخالف لاحكامه ، والا اختل نظام الجماعة وسادت فيها الفوضى .

المبحث الثانى : خصائص القاعدة القانونية

القاعدة القانونية هى الوحدة التى يتكون منها القانون فى مجموعه ، وهى فى ذاتها خطاب موجه الى الاشخاص فى صيغة عامة لها قوة الالتزام ، أى انها تفترض وجود عدة اشخاص فى مجتمع ، فتوجه اليهم خطابا يتضمن امرا بعمل شئ أو نهيا عن عمل شئ .

غير انه يندر ان يكون هذا الخطاب موجها بصيغة الامر أو النهى ، بل الغالب فيه ان يصاغ فى شكل اخطار للاشخاص بترتيب اثر ما على واقعة معينة ، ولكن الخطاب فى هذه الحالة الاخيرة يسفر عن تكليف الناس بامر معين أو عن نهيمهم عن ارتكاب الفعل الذى رتب القانون عليه ذلك الاثر .

فالقاعدة التى تعاقب بالاعدام من يقتل انسانا عمدا والقاعدة التى تعاقب من يسرق مال غيره قاعدتان تهيان الناس عن القتل وعن السرقة ، والقاعدة

التي تقضى بان العقد شريعة المتعاقدين تتضمن إخطاراً للناس بان من يعقد عقدا يلتزم بالوفاء بما تعهد به كما لو كان القانون هو الذى فرضه عليه ، وهى فى النهاية تأمر الناس بالوفاء بما تعهدوا به .

المطلب الأول

عموم القاعدة القانونية وتجريدها

وليس كل خطاب يتضمن امرا او نهيا يعتبر قاعدة قانونية ، وانما يشترط فى ذلك ان يوجه الخطاب الى الناس بصيغة التعميم فلا يذكر شخصا معينا بالأسم ، ولا واقعة معينة بالذات .

ويقصد بعموم قاعدة القانون او تجريدها ان تكون القاعدة غير مخصصة ، ففى تضع من حكم بشخص أو اشخاص معينين بذواتهم ، او بواقعة أو وقائع معينة بذاتها ، وانما يحدد اشخاص المخاطبين بها وكذلك الوقائع التى تنطبق عليها بالالوصاف والشروط ، وعلى هذا فالقاعدة القانونية لاتضع حكما لفرض بعينه ، بل تضع حكمها لفرض يتحدد بوصفه وشروطه فينصرف هذا الحكم الى كل شخص أو كل واقعة تتحقق فيه أو فيها هذه أو تلك الشروط فمثلا فى القاعدة التى تقرر أن كل خطأ سبب ضررا للغير يلزم فاعله بجبر الضرر والتعويض عنه ، نجد ان الحكم القانونى ، وهو الزام المخطئ بالتعويض ولم ينصرف هذا الحكم الى شخص أو اشخاص معينين بذواتهم ولا الى واقعة بذاتها تسبب عنها ضرر ، ولكن تطبق القاعدة تطبيقا عاما على كل من يرتكب خطأ يترتب عليه ضرر .

على أن عموم قاعدة القانون أو تجريدها لا يستلزم بداهة ضرورة تطبيقها على كل الافراد فى المجتمع ، ولو كانت تخاطب كل الافراد ، ذلك ان تطبيق القاعدة القانونية يرتبط بتوافر شروط الغرض الذى تطبق فيه ، وقد لا يتحقق

الغرض الا بالنسبة لافراد محددين ، فمثلا النصوص التى تحرم القتل والسرقة وتضع لذلك جزاء لن تطبق الا على من يقوم بهذه الجرائم ، وهم عدد محدود من افراد المجتمع .

كذلك لا يقدح فى عموم قاعدة القانون أو تجريدها أن توجه الى طائفة من الناس تعين بصفة مشتركة بين افرادها ، كالتجار أو الطلاب أو الموظفين أو العمال بل ان قاعدة القانون تظل عامة وبمجردة ولو كانت تتعلق بشخص واحد مادامت لاتضع حكمها له بالذات بل بصفته ، ومثال ذلك القواعد التى تحدد اختصاصات رئيس الدولة أو رئيس مجلس الوزراء .

أما اذا صدر الخطاب الى شخص معين باسمه ، أو بشأن واقعة معينة بالذات فقد يكون هذا الخطاب امرا اداريا أو حكما قضائيا لا قاعدة قانونية . ويختلف الأمر الادارى أو الحكم القضائى يقتصر تطبيق أى منها على الشخص المعين أو الواقعة التى صدر بشأنها ، ويستنفذ قوته بهذا التطبيق ، أما القاعدة القانونية فلا تستنفذ قوتها بتطبيقها مرة أخرى أو مرات متعددة بل يتجدد العمل بها كلما توافرت شروط انطباقها .

المطلب الثانى

جزاء القاعدة القانونية

ويشترط أخيراً فى القاعدة القانونية ان تنطوى على جزاء يجعلها واجبة الاتباع ويحفز الناس على احترامها ويكفل سير علاقاتهم وفقاً لها ، ومن ثم يتحقق الهدف من القانون فى فرض النظام .

والجزاء هو الاثر الذى يترتب وفقاً للقانون على مخالفة القاعدة القانونية وهو بصفة عامة العمل أو الاعمال التى تواجه بها الجماعة مخالفة القواعد التى تفرضها ، من أحد المخاطبين بها ، لتكفل طاعة هذه القواعد لان تطبيق القانون

واتباع احكامه ، لايترك لرغبة كل فرد وهواء ولان عدم احترام القانون يعرض الجماعة للفوضى والانهيار .

وتتم طاعة قواعد القانون في اغلب الاحوال برضاء الافراد في المجتمع دون حاجة الى اجبارهم على ذلك ، مما يجعل حالات مخالفة قواعد القانون حالات استثنائية بالنسبة لحالات طاعتها حتى ولو كانت القواعد القانونية معارضة لرغبات الأفراد واهوائهم .

وطاعة القانون تتحقق سواء كان الباعث على ذلك هو الاقتناع الواعي بسلامة احكامه وعدالتها ، أو كانت هذه الطاعة دون اقتناع بذلك أو دون معرفة باهدافه وفي هذه الحالة الاخيرة يظهر اثر الجزاء الذى تقترن به قواعد القانون في حمل الافراد على طاعته جبرا ، بالقيام بما يأمر به أو الامتناع عما ينهى عنه . والجزاء على مخالفة القاعدة القانونية ينطوى على تحقيق الاجبار أو القسر على طاعته (١) ويتمثل في اجراءات تنفذ بالقوة وتقتضى تدخل الجماعة أو الهيئات التى تفوضها في ذلك لتوقيع العقوبات ولازالة اثار المخالفة أو بعضها اذا كان ذلك ممكنا ، فقواعد القانون التى تحرم السرقة تقضى بعقاب السارق وكذا بالزامه برد المسروق الى صاحبه ، والقاعدة التى تلزم الشخص بان يفى بما عليه من ديون تجيز الحكم عليه من القضاء بالقيام بهذا الوفاء ثم تنظم قواعد اخرى كيفية الحصول على حق الدائن من اموال المدين ، اذا امتنع عن تنفيذ حكم القضاء .

ويلاحظ ان بعض صور الجزاء في القواعد القانونية لايقصد بها ازالة المخالفة واجبار من وقعت منهم على تعديل موقفهم المنافى للقانون ، وانما يقصد

(١) انظر في الخلاف حول اهمية الجزاء في القاعدة القانونية عبد المنعم البدر اوى المدخل للعلوم القانونية سنة ١٩٦٠م ص ١٨ وما بعدها ، ومحمد على امام : محاضرات في النظرية القانونية سنة ١٩٥٤م ص ١١ وما بعدها وعبدالرزاق السنهورى واحمد حشمت ابوسيف اصول القانون سنة ١٩٥٢م ص ٣٢ وحسن كيره : اصول القانون سنة ١٩٥٨م ص ١٥ وما بعدها وسلمان مرقس المدخل للعلوم القانونية ط ١٤ ص ١٤ .

بالجزء مجرد الاقتصاص من المخالف وردع من تحدته نفسه بمخالفة تلك القواعد ، فالعقوبات التي توقع على مرتكبي الجرائم يقصد بها في اغلب الاحوال كفالة احترام القانون بردع الناس عن ارتكاب الجرائم اذ ليس من الممكن دائما اصلاح ما ترتب على وقوع الجريمة .

ويرى اغلب الكتاب ان الجزء بهذا المعنى ركن جوهري في وجود القاعدة القانونية لان القاعدة لو تركت دون جزاء فلا توجد ما يحمل الناس على اتباعها في علاقاتهم .

وهذا الجزء هو الذي يميز في نظرهم القاعدة القانونية عن غيرها من قواعد السلوك . وقد رأى فريق من الكتاب ان الجزء يعتبر شرطا لوجود القاعدة القانونية لا ركنا فيها ، ورأى نفر قليل من الكتاب انه يكفي لوجود القاعدة القانونية شعور الاغلبية الكبرى من الناس بان ما توجهه هذه القاعدة ضرورة لنظام المجتمع وتشككوا في ضرورة الجزء في القاعدة القانونية .

ومن المسائل التي أثرت في هذا النفر مابدا لهم من ان قواعد القانون الدولي العام ليس لها جزاء حتى رأى بعض الفقهاء ان القانون الدولي العام مثلا قانون ناقص ، ولكن الرأي الصواب يذهب الى ان هذا القانون قانون تام بالمعنى الصحيح وتنطوى قواعده على جزاءات تطبق على المخالفين لها وان كان تطبيقها لم يأخذ بعد الصورة المنظمة التي يراها في تطبيق الجزاءات على مخالفة قواعد القانون الداخلي وذلك لوجود سلطة عليا لها السيادة في المجال الداخلي وهو مايفتقده المجتمع الدولي .

والغالب في الدول الحديثة ان يكون الجزء منظما أى ان يكون معينا نوعه ومقداره وموكولا تطبيقه الى السلطة العامة ، فلا يجوز لاي فرد ان ينتقم لنفسه ممن اساء اليه بمخالفة القانون ، ولا ان يقتضى بالقوة حقه من مغتصبه ، وانما يجب عليه ان يلجأ في ذلك الى السلطة العامة تبعا للاجراءات المقررة ، وهى توقع على مخالف القانون الجزاء المقرر لهذه المخالفة ومقداره .

على ان تنظيم الجزاء بهذا الشكل ليس ضروريا لوجود القاعدة القانونية ، فقد رأينا ان القانون ملائم لنشأة المجتمع ، وانه سابق في وجوده على ظهور السلطة العامة ، وان جزاءه يكون في المجتمعات البدائية متروكا عادة الى الأفراد يوقعونه بأنفسهم .

وتنقسم الجزاءات الى جزاءات جنائية وجزاءات مدنية . فالجزاء الجنائي عقوبة توقع على من يخالف القاعدة ، وهو إما ان يكون ماليا (غرامة او مصادرة) ، واما ان يكون بدنيا (حبس او سجن او اعدام) . والجزاء المدني كل اثر آخر يرتبه القانون على مخالفة القاعدة ، كالتنفيذ الجبري وفرض الالتزام بالتعويض على كل من يتسبب في الحاق ضرر بالغير ، وابطال العقد الذي يتم دون مراعاة للشروط القانونية .

المبحث الثالث : القانون والحق

اتجه بعض كبار فقهاء القانون الى انكار الحق باعتباره ميزة معينة لشخص ينبغي ان تحظى باحترام الآخرين ، ومن ابرز هؤلاء الفقهاء الفقيه الفرنسي العميد « ليون ديجي » الذي اراد ان يحل محل فكرة واصطلاح الحق فكرة واصطلاح « المركز القانوني » .

والواقع ان اصطلاح « الحق » اصبح من الشيع في تعبير الناس وفي كتب رجال الفقه وفي نصوص التشريع ، بحيث يغدو من غير المعقول العدول عنه ، خاصة وان المنكرين لاصطلاح وفكرة « الحق » لا يجدون انكارهم مؤثرا على الأحكام الخاصة بأصحاب الحقوق ولذلك يبدو أن فكرة واصطلاح « الحق » قد غدت صياغة فنية سهلة مختصرة للتعبير عن المركز الخاص الذي يعترف به القانون لبعض الاشخاص ، فالحق حقيقة قانونية لامناص من التسليم بها .

وقد يتبادر الى الذهن لأول وهلة ان تعريف الحق لا يثير اى خلاف فى الرأى ولكن فقهاء القانون اختلفوا اختلافا كبيرا فى مدلول الحق ومفهومه ومن ثم فقد انقسموا على انفسهم فى شأن تعريفه ^(١) .

ويجربى الكتاب على تقسيم المذاهب المختلفة فى تعريف الحق الى ثلاثة : مذهب يسمى المذهب الشخصى ، لانه يجعل الحق متصلا بالشخص اذ يعرفه بانه قدره الأرادة او سلطانها والمذهب الثانى يسمى المذهب المادى (او الموضوعى) لانه يجعل المصلحة - مادية كانت او اديية - هى جوهر الحق ، اما المذهب الثالث فيسمى المذهب المختلط ، لانه يحاول التقريب بين المذهبين الشخصى والموضوعى عن طريق وضع تعريف يجمع بين عناصر التعريفين السابقين .

والواقع ان افضل التعريفات فى نظرنا هو التعريف الذى ينطوى فيه الحق على عنصرين اولها : قدرة شخص على التصرف أو السلوك بطريقة معينة ، وثانيها الحماية القانونية التى تكفل احترام هذه القدرة ، والتى تنتج من ان القدرة المذكورة يظلها القانون بحمايته .

ومن المسلم به ان « القدرة » تستلزم وجود « شخص » تنسب اليه ، كما ان موضوع هذه القدرة هو متوقف على اختيار صاحب الحق وفقا لاحكام القانون وطبقا لمصلحة يقرها .

وعلى هذا الاساس فان افضل تعريف وضعه الكتاب فى نظرنا للحق هو انه « قدرة لشخص من الاشخاص ، على ان يقوم بعمل معين ، يمنحها القانون

(١) انظر د . جميل شرفاوى : دروس فى النظرية العامة للحق سنة ١٩٥٥م ود . حسن كيره المرجع السابق ود . عبدالمعنى قرج الصده نظرية الحق فى القانون المدنى الجديد ود . شمس الدين الوكيل : محاضرات فى النظرية العامة للحق سنة ١٩٥٣م .

ويمحيمها تحقيقا لمصلحة يقرها» (١)

وقد فرق بعض الكتاب بين الحقوق والحريات العامة ، ، كحرية الاعتقاد وحرية عقد الاجتماعات وحرية التملك .. الخ . والتي يسير اغلب الفقه على تسميتها بالحقوق العامة فقالوا انها لاتعتبر حقوقا بالمعنى الصحيح « لانها لاتفترض ما تفترضه الحقوق من وجود رابطة قانونية ومن وجود امتثاار وانفراد بما تخوله هذه الرابطة القانونية من تسلط وإقتضاء وان انعدام وجود الرابطة القانونية فيها يؤدى الى « الا » تفاوت بشأنها المراكز بين الاشخاص بل هى تفترض وجود الاشخاص فى نفس المركز من حيث التمتع بما تخوله من سلطات » .

ولكن من الملاحظ ان خاصة الاستثناار الذى يحاول هؤلاء الكتاب نفى وجودها فى الحريات العامة موجودة رغم ذلك ، فكل شخص له حياته وحرية اعتقاده الخاصة لا يستطيع احد ان ينازعه فيها ، ولايقدر فى ذلك أن يكون لغيره من الناس مثل حالة من هذه القدرة .

والجدير بالذكر اننا لو بحثنا عن عنصرى الحق فى الحريات العامة لوجدناها متوافرين فالحرية العامة أو الحق العام يتضمن القدرة بالنسبة لاعمال

(١) انظر فى هذا الخصوص جميل الشرفاوى : دروس اصول القانون ١١٩٧٢ ص ٢٤٤ ومحمد سامى مذكور تعريف الخف بانه سلطة يقرها القانون لشخص بمقتضاها يكون لهذا الشخص ميزة القيام بعمل معين . نظرية الحق ص٩ وتعريف عبد المنعم المدة نظرية الحق ص٧ - وسليان مرقس المدخل للعلوم القانونية ص ٣١٦ فقرة ١٩٨ وتعريف عبد الحى حجازى نظرية الحق ص ١٥ . وانظر مع ذلك تعريف الحق بانه صلة بين طرفين وتتطوى على مصلحة يحميها المشرع فى شفيق شحاته محاضرات للنظرية العامة للحق ص٩ ونقد هذا التعريف فى المدخل للعلوم القانونية سليان مرقس ص ٣١٥ هامش ٤ .

معينة يأتيها الشخص (وهذا هو العنصر الاول) ، وهي قدرة يحميها القانون بوسائله ، بمعنى ان من يعوقها تتخذ ضده وسائل القانون لاجباره على احترامها (وهذا هو العنصر الثانى) ، فحرية ابداء الرأى مثلا تجعل للفرد ان يكتب أو ان يذيع رأيه على أية صورة ، كما تيسر له سبيل التغلب على اية صعوبة يثيرها الغير امام مباشرته لها ، بوضع وسائل القانون فى خدمته طالما كانت ممارسة الحق العام فى حدود القانون ، وهكذا يبين ان الحريات العامة حقوق بالمعنى الصحيح .

الفصل الثانى

تقسيمات وفروع القانون

قسم الفقهاء الرومان القانون الى قانون عام وقانون خاص ، ولا يزال هذا التقسيم هو التقسيم الاساسى الذى اعتمده اغلب رجال الفقه بالرغم من الانتقادات التى وجهت اليه للعدول عنه .

وبالرغم من تأييد غالبية الفقهاء لهذا التقسيم فان هناك خلافا شديدا حول تحديد المعيار الذى يتقرر على اساسه ما اذا كانت قاعدة معينة تعتبر من قواعد القانون العام او من قواعد القانون الخاص ، وعلى اية حال فان القانون العام يتضمن مجموعة القواعد القانونية التى تبين نظام الدولة الاساسى وتنظم العلاقات التى تنشأ بين الدولة واحد فروعها وأى واحد من الاشخاص العاديين .

ولكن يلاحظ ان للدولة فوق نشاطها باعتبارها صاحبة السيادة نشاطا آخر من نشاط الاشخاص العاديين ، اذ تستطيع ان تتعاقد بالبيع والشراء والايجار

وغيره وان تملك اموالا خاصة يجوز لها التصرف فيها كما يتصرف الاشخاص العاديون في اموالهم ، وهى فى هذا النوع من النشاط تعتبر كأى شخص عادى ، فتخرج علاقاتها المتصلة به عن دائرة القانون العام .

فاذا توخينا الدقة والايجاز فى تعريف القانون العام قلنا انه مجموعة القواعد الملزمة التى تنظم كيان الدولة والعلاقات التى تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة السيادة .

اما القانون الخاص فيشمل مجموعة القواعد القانونية التى تنظم علاقات الافراد والاشخاص المعنوية الخاصة فيما بينهم ، أو بعبارة ادق هو مجموعة القواعد القانونية التى تنظم العلاقات التى لا تكون الدولة أو أحد فروعها طرفا فيها باعتبارها صاحبة السيادة .

والاصل ان القانون الخاص هو الذى يرتب المصالح الخاصة وان القانون العام يعنى قبل كل شىء بالمصلحة العامة ، ومن هنا تظهر اهمية التفرقة بينهما اذ يعتبر الاصل فى قواعد القانون الخاص أنه يجوز لذوى الشأن عند التعامل فيما يتعلق بمصالحهم الخاصة أن يتفقوا احيانا على ما يخالف تلك القواعد ، أما قواعد القانون العام فالاصل فيها عدم جواز الاتفاق على ما يخالفها لانها موضوعة للمصلحة العامة وهى فوق المصالح الخاصة ولايجوز المساس بها ولاتقف اهمية التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص عند ذلك فحسب اذ يعطى القانون العام السلطة العامة كثيرا من الامتيازات لايعطيها القانون الخاص لاشخاصه ، فهى تضع اللوائح وتتخذ القرارات وتتفدها من جانبها دون توقف على الحصول على رضا الافراد ، وهى فى تنفيذها تنفذ قراراتها دون انتظار لنتيجة تظلم الافراد او لطعنهم فى هذه القرارات . فلها مثلا ان توقع الحجز الادارى دون سبق الحصول على حكم من القضاء .

كذلك فان العقود التى تبرمها السلطة العامة باعتبارها صاحبة السلطان وتسمى بالعقود الادارية لا تخضع لقواعد العقود بين الافراد التى تبحث عن

التوازن بين اطراف العقد بل يغلب عند تطبيق هذه العقود وعند تفسيرها الصالح العام الذى تستهدفه السلطة العامة من تعاقدها ، وبناء على ذلك يكون للادارة ان تلغى العقد أو تعدل من شروطه بأرادتها المنفردة فى بعض الاحيان ووفقا لاحكام القانون متى اقتضت المصلحة العامة ذلك .

وفضلا عن ذلك فان ملكية الدولة العامة أو مايسمى بالدومين العام تفترق عن ملكيتها الخاصة والدومين الخاص وتخضع لقواعد تغاير تلك التى تخضع لها الملكية الخاصة للدولة وملكية الافراد ، ومن ذلك مثلا انه لايجوز لها التصرف فيها .

واخيرا فان مايثور من نزاع بين الدولة والافراد ويتعلق برابطة من روابط القانون العام ، تختص بنظره محاكم خاصة فى كثير من بلاد العالم التى انشأت المحاكم الادارية . ويشمل كل من القانون العام والقانون الخاص عدة فروع تتضمن كل منها القواعد التى تنظم نوعا معينا من العلاقات .

المبحث الأول : فروع القانون العام

تنقسم العلاقات التى تكون الدولة طرفا فيها باعتبارها صاحبة السيادة الى نوعين :

- ١ - علاقات الدولة بغيرها من الدول .
- ٢ - علاقات الدولة فى النطاق الداخلى .

وينقسم القانون العام تبعا لذلك الى فرعين كبيرين هما : القانون العام الدولى والقانون العام الداخلى .

المطلب الأول

القانون العام الدولي او القانون الدولي العام

هو مجموعة القواعد التي تنظم علاقات الدول بعضها ببعض الاخر سواء اكان ذلك في زمن الحرب او السلم او الحياد .

ويلاحظ ان قواعد القانون الدولي العام في الاصل قواعد اخلاقية تأمر الدول فيما بينها بحسن المعاملة والاحترام المتبادل واتباع قواعد العدل والانصاف ، وتنهاها عن الجشع والغدر والاعتداء ، وقد جرت الدول على هذه المبادئ حقبة طويلة من الزمن ، ثم ازداد شعور المجتمع الدولي بضرورة اتباع هذه الاخلاق ووجوب مراعاتها في علاقات الدول فيما بينها . فأخذ الفقهاء يعتبرون هذه المبادئ وما يتفرع عليها قواعد قانونية واجبة الاتباع فيما بين الدول ، واستمر اتباع الدول لهذه القواعد كعرف دولي ، ومن هذا يبين لنا مدى الاهمية البالغة للعرف كمصدر من مصادر القانون الدولي العام .

ويرى بعض الفقهاء ان القانون الدولي العام بحالته الحاضرة ليس قانونا بالمعنى الصحيح لانه ينقصه امران :

الاول : وجود هيئة تشريعية عليا تملك وضع قوانين ملزمة الدول .

الثاني : وجود سلطة عليا تملك توقيع الجزاء على الدول التي تخالف تلك القوانين .

ونحن نرى مع اغلبية الفقه الحديث ان كلا الامرين ليس ضروريا لوجود القانون ، فقد تقدم أن القانون ضرورة اجتماعية ينشأ بنشوء المجتمع وانه في المجتمعات البدائية يقتصر على بضع قواعد بسيطة يتعارف عليها افراد تلك المجتمعات ، وان هذه القواعد التي تنشأ في كل مجتمع عن طريق العرف تعتبر قواعد قانونية بالرغم من عدم وجود هيئة تشريعية عليا صدرت عنها ، كما ان العرف يكفي لتكوين القانون الداخلي في المجتمعات الاولى ، فانه يكفي

لتكوين القانون الذى ينظم علاقات الدول فى المجتمع الدولى ، هذا المجتمع الذى لا تزال علاقات أعضائه فيما بينهم تشبه العلاقات التى تنشأ بين افراد كل مجتمع فى بدء تكوينه .

وكذلك فمن المعروف ان جزاء القانون فى تلك المرحلة من مراحل تطور المجتمعات يكون عادة متروكا الى الافراد يوقعونه بانفسهم ، دون ان يكون تطبيق هذا الجزاء منظما ولا موكولا الى سلطة عليا وهذا هو واقع الحال فى المجتمع الدولى فى الوقت الحاضر الذى تنشأ فيه الكثير من القواعد القانونية عن طريق العرف ويكون توقيع الجزاء على المعتدى متروكا للمعتدى عليه يوقعه بنفسه ويستعين فى ذلك بحلفائه ، وعلى اية حال فمن الواضح ان انشاء عصبة الامم ثم منظمة الامم المتحدة وتزايد الاتفاقيات الدولية كانت عوامل هامة اسهمت فى تطور القانون الدولى العام .

ومن الجدير بالذكر ان منظمة الامم المتحدة تملك الان - فى حدود معينة - توقيع جزاءات على الدول التى تخالف ميثاقها او تخالف القانون الدولى العام ، فالقانون الدولى العام قانون بالمعنى الصحيح ، واذا كان لم يصل بعد الى الدور الذى وصل اليه القانون الداخلى ، فانه يخطو نحو التطور بخطى واسعة .

المطلب الثانى

القانون العام الداخلى

هو مجموعة القواعد التى تحدد كيان الدولة وتنظم العلاقات فيما بينها باعتبارها صاحبة السيادة وبين غيرها من الاشخاص المعنوية الداخلية او بينها وبين الاشخاص العاديين وهو يشمل عدة فروع .

١ - القانون الدستورى

٢ - القانون الادارى

- ٣ - القانون المالى
- ٤ - القانون القضائى
- ٥ - قانون العقوبات
- ٦ - قانون الاجراءات الجنائية او الجزائية

١ القانون الدستورى :

القانون الدستورى هو مجموعة القواعد التى تبين اسس الدولة ، فتعين شكلها وتبين توزيع السلطات فيها والهيئات التى تباشر هذه السلطات وعلاقة كل منها بالآخرى ، وتحدد حقوق الافراد السياسية وما يلزم لحررياتهم من ضمانات .

ويرسم القانون الدستورى شكل الدولة ، والدول من حيث شكلها اما ان تكون ملكية او جمهورية ، ديمقراطية او ديكتاتورية. نيابية او غير نيابية ، بسيطة او اتحادية ... الخ

وبين توزيع السلطات فيها ، والسلطات فى الدول الحديثة ثلاث :
سلطة التشريع ، وسلطة التنفيذ ، وسلطة القضاء .

وبعين القانون الدستورى الهيئات التى تباشر هذه السلطات ، ويبين علاقة كل من هذه الهيئات بالآخرى ، وهو فى ذلك اما ان يقرر مبدأ الفصل التام بين السلطات ، واما ان ينظم نوعا من التداخل المتبادل بينها ، فيحدد مدى تدخل كل سلطة فى عمل السلطين الاخرين ، ويبين الى أى حد يجوز لرئيس الدولة وللوزراء ان يتدخلوا فى سلطة التشريع وفى عمل القضاء ، وما اذا كانت السلطة التشريعية تملك رقابة ما على السلطة التنفيذية ام لا ، وما اذا كانت المحاكم لها حق الرقابة على صحة القوانين التى تصدرها الهيئة التشريعية وسلامة الاوامر والاعمال التى تصدر عن السلطة التنفيذية ام لا .

واخيرا يقرر القانون الدستورى مدى مساهمة الافراد فى تكوين سلطات الدولة عن طريق الانتخاب او غيره ويبين حقوق الفرد فى الدولة وينص على

حمايتها وهذه الحقوق تتركز جميعها في الحرية والمساواة ، الحرية في جميع صورها كالحرية الشخصية وحرية التملك وحرية الرأي وحرية الدين وحرية الاجتماع ، والمساواة في جميع المزايا التي تتيحها الدولة للأفراد وفي التكاليف التي تفرضها عليهم كالحق في تولى الوظائف العامة والخدمة العسكرية والضرائب المالية . ويتناول القانون الدستوري جميع هذه الموضوعات واضعا المبادئ العامة مقتصرًا على امهات المسائل تاركا التفاصيل الى القوانين الاخرى . ولذلك سميت مجموعة قواعده بالقانون الاساسى او قانون النظام الاساسى اودستور الدولة .

وقد انكر بعض الفقهاء على القانون الدستوري ، كما انكروا على القانون الدولى العام ، اعتباره قانونا بالمعنى الصحيح وذلك لعدم وجود جزاء على مخالفة قواعده .

ولكن الواقع ان القانون الدستوري قانون بالمعنى الصحيح ، لأن جميع الافراد وكذلك جميع الهيئات التي تتكون منها الدولة ، ينظرون اليه باعتباره اعظم القوانين شأنًا وواجبًا اتباعًا ويعتبرون ادنى مخالفة له جرما كبيرا يهدد كيان المجتمع نفسه ، فمخالفة قواعد الدستور لا تخلو من رد فعل ماضى يعتبر جزاء لها ، بل ان هذا الجزاء قد يفوق في خطورته أى جزاء آخر يمكن ان يكفل احترام النظم والقواعد القانونية .

٢ القانون الادارى :

القانون الادارى هو مجموعة القواعد التي تنظم نشاط السلطة التنفيذية في الدولة في غير النطاق السياسى ، فالقانون الدستوري يقتصر على بيان سلطات الدولة الثلاث بما فيها السلطة التنفيذية وعلاقة كل منها بالآخرى ، ثم يتولى القانون الادارى بيان كيفية مباشرة السلطة التنفيذية لاختصاصاتها والقواعد التي تحكم نشاطها في ادارة المرافق العامة .

فالقانون الادارى اذا هو مجموعة القواعد التى تنظم قيام السلطة التنفيذية بما يطلق عليه اعمال الادارة . اذ من المعروف ان السلطة التنفيذية تقوم بنوعين من الاعمال يطلق على الاول منها الاعمال الحكومية او اعمال السيادة ، ويطلق على الثانى اعمال الادارة ، ومثال النوع الاول اعلان حالة الحرب ، ودعوة المجلس التشريعى للانعقاد ، وحله . وهى اعمال تنسم بالاهمية والخطورة ومن ثم ينظمها الدستور مباشرة .. اما الاعمال الاخرى فهى تتعلق بتصرف الحياة الجارية فى المجتمع ، كتحيين الموظفين وفصلهم واصدار القرارات المتعلقة بمرفق معين فهى التى ينظمها القانون الادارى ، وعلى ضوء هذه التفرقة تبدو الصلة الشديدة بين القانون الدستورى والقانون الادارى تلك الصلة التى لا تتمثل فقط فى ان عمل سلطة واحدة - هى السلطة التنفيذية - يحكم جانبا منه القانون الدستورى بينما يحكم الجانب الاخر القانون الادارى ، وانما تتمثل ايضا فى ان الدستور - فى الجانب الذى لا يحكمه - كثيرا ما يضع الخطوط العامة ويترك التفاصيل للقانون الادارى .

- ومن امثلة ما يعتبر من اعمال الادارة وتخضع للقانون الادارى ما يأتى :
- ١ - تنظيم المرافق العامة ، والهيئات التى تتولى تقديم الخدمات الى الشعب ، وهل تتولاها فى سائر انحاء الدولة ام تقتصر على رقعة معينة الحدود ، وفى الحالة الاخيرة ما مدى العلاقة بين هذه الهيئة المحلية والسلطة المركزية وبيان الاشخاص الذين يتولون هذه الاعمال واختصاصاتهم .
 - ٢ - تنظيم العلاقة بين المرافق العامة وعماها او من يسمون بالموظفين من حيث التعيين والترقية والنقل والتأديب .
 - ٣ - تنظيم اموال الدولة ، وهى تنقسم الى قسمين : اموال عامة او ديمين عام ، واموال خاصة او ديمين خاص ، اما الاولى فتخصص للمنفعة العامة اى يفيد منها الجمهور ، كالشوارع والجسور ، والثانية تملكها الدولة كما يملك الافراد اموالهم .

هذا ومن الملاحظ ان القانون الادارى متطور تطور الحياة الاجتماعية ذاتها ، كما ان نطاقه يتسع كلما اتسع نشاط الدولة .

٣ القانون المالى :

كان القانون المالى فرعاً من القانون الادارى ينظم مالية ، الدولة ، فيبين طرق الانفاق ووجود الإيرادات المختلفة من رسوم وضرائب وقروض فضلاً عن إيرادات ممتلكات الدولة ويضع الضوابط لتحصيل كل من هذه الإيرادات المتنوعة ، ثم يعين القواعد التى تتبع فى تحضير الميزانية السنوية وفى تنفيذها وفى الرقابة على هذا التنفيذ ، وقد استقل القانون المالى فى العصر الحديث فصار فرعاً مستقلاً من فروع القانون العام .

٤ قانون النظام القضائى

ويشمل مجموعة القواعد التى تنظم السلطة القضائية وتعين جهات القضاء المختلفة واختصاص كل منها ، وترتب المحاكم فى داخل كل جهة قضائية واختصاص كل منها ، وتكفل استقلال القضاء .

٥ قانون العقوبات :

ويشمل قانون العقوبات قسمين هما :
أ - القسم العام وهو الذى يبين القواعد العامة للمسئولية الجنائية والظروف المخففة والمشددة ويقسم الجرائم تبعا للعقوبة المقررة لكل منها .
ب - والقسم الخاص يعين كل جريمة على حدة ويبين اركانها وصورها المختلفة والعقوبة التى توقع على مرتكبها .

٦ قانون الاجراءات الجنائية او الجزائية

ويقتصر على بيان الاجراءات التى تتبع لتطبيق احكام قانون العقوبات

فهو قانون اجرائى او قانون شكلى . وهو يفترض ان جريمة وقعت بالفعل ويبين الاجراءات التى تتبع فى شأنها من وقت وقوعها الى وقت توقيع الجزاء عنها .
فيعين سلطة الضبطية القضائية وسلطة التحقيق ، ويبين اختصاصاتها ولا سيما فيما يتعلق بالقبض والتفتيش والحبس الاحتياطى وجمع أدلة الإدانة .
ثم يبين طريقة احالة المتهم الى المحكمة الجزائية واجراءات المحاكمة وطرق الطعن فى الاحكام وتنفيذ العقوبات التى يحكم بها .

المبحث الثانى : فروع القانون الخاص

القانون الخاص هو مجموعة القواعد التى تنظم علاقات الافراد فيما بينهم وهى العلاقات التى تعتبر من صميم الحياة فى المجتمع ، كالتعامل والتزواج والنسب ، ولان تنظيم هذه العلاقات هو الغرض الذى من اجله تألفت الدول وسلطاتها المختلفة ، يمكن القول بان قواعد القانون العام ليست الا وسيلة للوصول الى حسن تنظيم العلاقات التى تدخل فى القانون الخاص .

وينقسم القانون الخاص الى قوانين موضوعية وقوانين شكلية .
وتشمل القوانين الموضوعية القانون المدنى ، وقانون التجارة البرية وقانون التجارة البحرية وقانون الطيران وقانون العمل .
اما القوانين الشكلية فتشمل قواعد الاجراءات التى تتبع لدى محاكم الدولة (قانون المرافعات) ، وقواعد تنازع القوانين وتنازع الاختصاص بين محاكم تابعة لبلاد مختلفة (القانون الدولى الخاص) .

وقد رأى بعض الكتاب انه لم يبق من فروع القانون الخاص الا القانون المدنى^(١) وانه قد انفصلت بعض قواعد القانون الخاص مكونة فروعاً مستقلة

١ - انظر د . احمد سلامة : المدخل لدراسة القانون الكتاب الاول سنة ١٩٧٥ م ص ٧٣ .

ذات طابع مختلط ، وبقي القانون المدني وحده هو الذى ينطبق عليه وصف القانون الخاص ، وقد قصد هؤلاء الكتاب بالفروع ذات الطابع المختلط تلك التى تتضمن قواعد من القانون العام ، وقواعد من القانون الخاص ، ولا يمكن باطمئنان القول بانها تنتسب الى واحد منها ، وهى فروع كانت فى الاصل من فروع القانون الخاص ، انما نظرا لازدياد تدخل الدولة فان ملامح القانون العام قد ظهرت فى ثناياها ، وهذه الفروع يمكن تقسيمها الى ثلاثة اقسام وفقا لما ارتآه هؤلاء الكتاب (١) .

الاول يمكن تسميته بالقواعد المهنية ، والثانى يمكن تسميته بالقواعد الجزائية والثالث يسمى بقواعد القانون الدولى الخاص ، وقد سمي الاول بالقواعد المهنية لانه يخاطب وسطا اجتماعيا معينا او مجموعة اجتماعية معينة ، وسمى الثانى بالقواعد الجزائية لانه يبين الجزاءات التى توقع على شخص عندما يخالف قاعدة قانونية ، كما يبين الاجراءات التى تتخذ لتوقيعها ، اما القسم الثالث فقد اخذ تسميته سالفة الذكر لانه يحكم علاقات ذات عنصر اجنبى .

وقد قسم هؤلاء الكتاب فروع القانون المهنى الى القانون التجارى والقانون البحرى والقانون الجوى وقانون العمل والقانون الزراعى ، كما قسموا فروع القانون الجزائى الى القانون الجنائى وقانون المرافعات المدنية والتجارية ثم درس هؤلاء الكتاب القانون الدولى الخاص على استقلال .

وأيا كانت الاعتبارات التى حدت بهؤلاء الكتاب الى هذا التقسيم . او حدت بغيرهم الى المجمع . على التقسيم التقليدى للقانون الى القانون العام والقانون الخاص ، فان هذا التقسيم التقليدى يعد بالرغم من كثرة تدخل الدولة فى قواعد القانون الخاص استجابة للظروف الاقتصادية والاجتماعية التى اقتضتها

١ - المرجع السابق ص ٧٤ وانظر مع ذلك د . جميل الشرفاوى دروس فى اصول القانون سنة

الحياة المعاصرة - هو التقسيم الامثل الذى ييسر على افضل وجه دراسة القانون - ولذلك فاننا سنتلزم به فى دراستنا .

وينقسم القانون الخاص فى نظرنا الى القانون المدنى ، والقانون التجارى ، وقانون التجارة البحرية ، وقانون الطيران ، وقانون العمل ، وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، والقانون الدولى الخاص

(١) القانون المدنى :

يتناول القانون المدنى تنظيم نوعين من الروابط ويشمل تبعاً لذلك مجموعتين متميزتين من القواعد :-

اولاً : مجموعة قواعد الاحوال الشخصية او قانون الاحوال الشخصية وهى تنظم الروابط الناشئة من صلة الشخص بأسرته .

ثانياً : مجموعة قواعد المعاملات او الاحوال العينية ، وهى تنظم الروابط المتعلقة بالنشاط المالى للشخص .

وتشمل مجموعة قواعد الاحوال الشخصية .

١ - قواعد تعيين اهلية الشخص لان يكون صاحب حقوق او مكلفاً بواجبات قانونية (وتسمى اهلية الوجوب) ، واهليته للقيام بالاعمال القانونية التى تكسبه حقوقه او تحمله التزامات (وتسمى اهلية الاداء) .

٢ - قواعد تنظيم روابط الفرد بأسرته ، وتتركز هذه الروابط فى عقد الزواج وما ينشأ عنه . فتشمل عقد الزواج وشروط انعقاده وصحته وما يترتب عليه من آثار فيما بين الزوجين ، واسباب الفرقة والطلاق ونسب الاولاد الذين يولدون فى اثناء قيام الزوجية واثبات النسب ، وما يترتب على ثبوت النسب من آثار كحقوق النفقة والرضاع والحضانة والميراث ، ويلحق بالميراث الوصية وفى بعض القوانين تلحق به ايضا الهبة .

وتشمل الاحوال العينية او قانون المعاملات تنظيم علاقات الشخص بغيره فيما يتعلق بالاموال ، فتعرف المال وتبين انواعه وتحدد سلطة الشخص على

الاشياء (وتسمى حقا عينيا) وحقه فى الحصول من غيره على نتيجة ذات قيمة مالية (ويسمى حقا شخصا) ومصادر هذه الحقوق بانواعها وطرق انتقالها وانقضائها .

ولان القانون المدنى هو الاصل العام لجميع فروع القانون الخاص ، فهو يشمل المبادئ القانونية العامة او المشتركة بين جميع هذه الفروع مثل تعريف الاشخاص والاشياء وتقسيمها ومثل قواعد سريان القوانين من حيث الزمان .

(٢) القانون التجارى :

هو مجموعة القواعد التى تنظم العلاقات المالية الناشئة عن الاعمال التجارية فهو يعرف التاجر والعمل التجارى ، وينظم العقود التجارية والشركات والاوراق التجارية سواء اكانت شيكات او كمبيالات وسندات تحت الاذن او لحاملها ، ثم يبين قواعد افلاس التاجر من حيث شروط الحكم به وشهره والاجراءات التى يستتبعها وحقوق دائنى المفلس وامكان الصلح بينهم وبين المفلس .

ومن الاسباب التى دعت الى وضع قواعد خاصة للتجارة وعدم الاكتفاء فى شأنها بقواعد القانون المدنى ما يأتى :-

(أ) حاجة التجارة إلى السرعة فى التعامل ، فإن هذه الحاجة قد اقتضت مثلا إعفاء التجار من التقيد بقواعد القانون المدنى فى الاثبات وفى حوالة الحقوق .

(ب) ضرورة توفر الثقة فى شخص التاجر واعماله ، وقد املت هذه الثقة على المشرع تنظيم اعمال التاجر بالزامه بامساك دفاتر منتظمة وشهر افلاسه اذا توقف عن الدفع ومعاقبته إذا بدا منه تقصير او تدليس ادى الى افلاسه .

(ج) ظهور نظم جديدة فى التجارة لم يكن لها وجود فى التعامل غير التجارى كالبنوك والبورصات والاوراق التجارية ، مما اقتضى ان توضع لها قواعد خاصة بها .

(٣) قانون التجارة البحرية :

وهو مجموعة من القواعد التى تنظم التجارة فى البحار ، وتتركز العلاقات التى ينظمها حول اهم عامل فى التجارة البحرية وهو السفينة ، فينظم قانون التجارة بيع السفينة وشراءها وشحنها والتأمين عليها وعلى مشحوناتها وعقد العمل بين صاحبها وربانها وملاحها .

ومن الاسباب التى دعت الى وضع قواعد خاصة للتجارة البحرية ، كبر قيمة السفينة وتعرضها لاططار خاصة وخروجها فى اثناء استغلالها عن رقابة صاحبها ولذا فان بعض الدول تفرد للتجارة البحرية قانونا خاصا بها .

(٤) قانون الطيران :

نتيجة لازدياد حركة الطيران فقد استقلت قواعد هذا القانون مكونة فرعا مستقلا فى بعض الدول ، وإن كانت طبيعة هذا القانون وتبعيته للقانون العام او الخاص محل خلاف كبير بين بعض الكتاب .
ونظرا لان هذا الفرع من فروع القانون حديث التكوين فما زالت قواعده متاثرة فى تشريعات عدة ولم يتم توحيدها فى صورة تقنينات .

(٥) قانون العمل :

هو مجموعة القواعد التى تنظم العلاقة بين العامل وصاحب العمل ، أى العلاقة التى تقم بين شخص يقدم جهده للغير فى مقابل اجر ، ويخضع فى اداء عمله لتوجيه واشراف صاحب العمل .
وعلاقة العمل عبارة عن صورة من المعاملات التى تتم بين الافراد والتى كان يحكمها القانون المدنى الى عهد قريب ، بل مازالت اغلب القوانين المدنية تتضمن اسس تنظيم هذه العلاقة ، ولكن علاقة العمل اكتسبت اهمية خاصة بسبب زيادة عدد العمال زيادة كبيرة فى المجتمعات الحديثة ، مما ادى الى تدخل

الدولة عن طريق سن القوانين والتشريعات المختلفة لحماية حقوقهم ووضع اطار عام لالتزاماتهم .

وقد كونت تشريعات العمل مع الوقت فرعاً مستقلاً من فروع القانون يتناول مسائل كثيرة منها ما يأتى :-

(أ) تنظيم العمل بتحديد ساعات العمل اليومي ، وتحديد اوقات الراحة اليومية والاسبوعية وتقرير حق العامل في الاجازة السنوية والمرضية واجازة الوضع للعاملة وتنظيم عمل النساء والاحداث . وتوفير ما يحقق صحة وسلامة العمال وحمايتهم من الامراض والاصابات .

(ب) تحديد الاجور وتنظيم الوفاء بها ، وتحديد الامتيازات الاضافية التى يتمتع بها العمال وكذلك الضمانات التى تتصل بحق العامل فى الاجر وفى الميزات الاضافية المذكورة .

(ج) قواعد انتهاء علاقة العمل والضمانات التى كفلها القانون للعامل فى هذا الخصوص .

(د) وضع القواعد الخاصة بانضمام العمال إلى النقابات التى تنظم جهودهم وتضم قواهم لحماية مصالحهم وتحسين احوالهم ، وتحديد اختصاصاتها بما فى ذلك ابرام الاتفاقيات باسم العمال مع اصحاب الاعمال (عقود العمل المشتركة) او المشاركة فى فض المنازعات التى تنشأ بين الطرفين الى غير ذلك مما يحقق مصالح العمال ويحقق التوازن بين مصالحهم ومصالح ارباب الاعمال .

وبالاضافة الى هذا كله فقد غنيت الانظمة القانونية بوضع قواعد التأمينات الاجتماعية التى تضمن للعامل حصولهم على دخل يعيشون منه عند العجز او الشيخوخة او المرض او الاصابة او البطالة ، وبالرغم من ارتباط هذه القواعد بقواعد قانون العمل الا أن الكثير من التشريعات تفرد لها قانوناً مستقلاً باسم قانون « التأمينات الاجتماعية » .

(٦) قانون المرافعات المدنية والتجارية :

وهو يشمل مجموعة القواعد التى تعين الاجراءات واجبة الاتباع امام المحاكم التى تطبق القانون المدنى او التجارى .

فهو الذى يبين طريقة رفع الدعوى ووسائل تحقيقها وما يجوز إبدائه فيها من دفع وكيفية الحكم فيها وطرق الطعن فى الاحكام ومواعيدها ، فاذا صار الحكم نهائيا رسم قانون المرافعات اجراءات تنفيذه ، من حجز مال المدين وبيعه الى توزيع الثمن بين الدائنين حسب الاحوال .

ويتضح من ذلك ان قانون المرافعات قانون اجراءات او قانون شكلى لا قانون موضوعى . وقد كان الاساس فى اعتبار قانون المرافعات من فروع القانون الخاص بالرغم من ان قواعده تنظم عمل القضاء وهو سلطة عامة الا ان هذا الفرع من فروع القانون يسهم فى وضع قواعد القانون الخاص موضع التطبيق ومن ثم فانه يتأثر فى طابعه العام بخصائص الحقوق المستمدة من فروع ذلك القسم من اقسام القانون .

(٧) القانون الدولى الخاص :

هو مجموعة القواعد التى تنظم علاقات الافراد التى يكون فيها عنصر اجنبى ، من حيث بيان المحكمة المختصة والقانون واجب التطبيق فى كل نوع من انواع هذه العلاقات واهم العناصر الاجنبية التى تدخل فى تكوين علاقات الافراد ، فتشير بشأنها خلافا على المحكمة المختصة او على القانون واجب التطبيق ، ان يكون احد طرفى العلاقة القانونية او كلاهما اجنبيا عن البلد الذى رفع النزاع الى محاكمه ، او ان يكون مصدر هذه العلاقة عقدا ابرم فى الخارج او محلها مالا ثابتا موجودا فى بلد اجنبى .

وقواعد القانون الدولى الخاص فيما عدا احكام قانون الجنسية التى تبين من يعتبر مواطنا ومن يعتبر اجنبيا - قواعد اجراءات او قواعد شكلية تقتصر وظيفتها على الارشاد الى المحكمة المختصة او الى القانون واجب التطبيق فى بعض

الحالات ، ولا تمس موضوع النزاع الاصلى لان الفصل فى هذا الموضوع لا يكون الا بتطبيق القانون الموضوعى الذى تحيلنا اليه قواعد القانون الدولى الخاص .

وعلى هذا يمكن ان نعرف القانون الدولى بانه مجموعة من القواعد القانونية التى تنظم حل تنازع القوانين وتنازع الاختصاص بالنسبة للعلاقات ذات العنصر الاجنبى كما تنظم الجنسية ومركز الاجانب فى الدولة .
ولا يوجد قانون دولى خاص واحد لكل الدول ، بل يوجد قانون دولى خاص لكل واحدة منها ، بعد جزأ من قانونها الداخلى .

المبحث الثالث : تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد أمره وقواعد مقرره

لاحظ فقهاء القانون ان القواعد القانونية نوعان النوع الاول منها لايجوز الاتفاق على عكسه والنوع الثانى من هذه القواعد هى تلك التى يجوز الاتفاق على خلافها فاطلقوا على القواعد التى لايجوز الاتفاق على عكسها او على الخروج على احكامها .

القواعد الآمرة وسموا الاخرى القواعد المقررة وتقسيم قواعد القانون الى قواعد أمره وقواعد مقررة يقوم على اساس الاختلاف فى الصورة التى يتحقق بها الزام كل نوع من هذه القواعد ذلك ان كلا من القواعد الآمرة والقواعد المقررة قواعد قانونية ملزمة ، والفرق بينهما ليس فى قوة الالزام بل فى شروط الالتزام بكل منهما .

فالقواعد الآمرة قواعد لا تترك الخيار للمخاطبين بها فى اتباع حكمها او عدم اتباعه بل هى قاعدة واجبة الاتباع فى جميع الأحوال ، ولايجوز ان يقع بين

الافراد اتفاق على خلافها . والا كان هذا الاتفاق باطلا لا أثر له فهي تنظم سلوك الافراد في المجال الذى تتعرض له ، تنظيما لا يترك مجالا لحرية الافراد في اتخاذ سلوك غيره .

وهذا النوع من القواعد القانونية الآمرة يتعلق عادة بتحقيق النظام الاجتماعى كمنع الاعتداء على نفس الغير او ماله فالقواعد التى تحرم القتل والضرب والسرقه أو الاضرار بمال الغير او بمصالحه . قواعد آمرة ، ولا يسمح القانون ان تخالف باية صورة ، ولو كان ذلك نتيجة لاتفاق ذوى المصلحة ، فلو طلب مريض ميثوس من شفائه من شخص قريب له ان يقتله تخليصا له من آلامه ، فان تنفيذ القتل برضاء المجنى عليه لا يغير وصف جريمة القتل ولا يحولها الى عمل مباح .

أما القواعد المقررة فهي تلك التى تضع تنظيما قانونيا لبعض المسائل التى تتعلق بالمعاملات المالية للأفراد ، ولكن أتباع هذا التنظيم ليس حتميا ، بمعنى أنه يجوز للأفراد إذا أرادوا ان يضعوا باتفاقهم قاعدة لتنظيم علاقاتهم ، تختلف في مضمونها عن قاعدة القانون ، فيكون اتفاقهم صحيحا وملزما ، ويؤدى الى استبعاد تطبيق حكم القاعدة المقررة عليهم .

ومن امثلة القواعد المقررة ما يقضى به القانون من ان تسليم الشيء المبيع يجب على البائع فور العقد ، وان الوفاء بالثمن يجب على المشتري عند تسليم المبيع اليه ومع ذلك فالقانون لا يمنع ان يتفق الطرفان صراحة ، او ضمنا على تغيير هذه القاعدة باشتراط تأجيل التسليم او تأجيل الوفاء بالثمن . او تعجيله ، او الزام المشتري به قبل ان يتسلم المبيع .

ولا يعنى امكان الاتفاق على استبعاد حكم القواعد المقررة ان وجودها عديم الفائدة ذلك انها تضع التنظيم الاساسى للمسائل التى تتناولها ومع ان القانون

لا يحرم اتفاقا على تنظيم آخر يخالف لاحكامها ، الا أن وجود هذا التنظيم المعتاد يغنى الافراد الذين لا يرغبون في اتخاذ تنظيم غير معتاد لعلاقاتهم ، عن بحث كل المسائل التفصيلية في العلاقة التي يدخلون بها فيها ، بل يكفيهم ان يحددوا ما يهمهم من عناصر هذه العلاقة وان يتركوا التفصيلات في باقى المسائل الى قواعد القانون ، وهو ما ييسر التعامل بين الناس .

وعلى هذا يذهب الرأى الراجح بين الفقهاء الى انه لا فرق في قوة الالتزام بين القاعدة الآمرة والقاعدة المقررة فكلاهما قاعدة قانونية ملزمة ، وان تميزت القاعدة المقررة بقدرة الافراد على الاتفاق على حكم آخر غير حكمها ، فان لم يحدث مثل هذا الاتفاق ، كانت ملزمة لهم الزام أى قاعدة آمرة ^(١) . وإذا كانت القاعدة القانونية مكتوبة فمن السهل فى اكثر الاحوال معرفة ما اذا كانت آمرة او مقررة من صياغتها ، ولكن اذا لم تكن القاعدة القانونية مكتوبة فعندئذ قد يكون من الصعب التمييز بين القاعدة القانونية الآمرة ، والقاعدة القانونية المقررة .

وقد حاول رجال الفقه البحث عن معيار دقيق يمكن بواسطته التمييز بين هذين النوعين من القواعد القانونية .

وتعد فكرة النظام العام المعيار الاساسى الذى اعتمد عليه الفقه للفرقة بين القواعد القانونية الآمرة والقواعد القانونية المقررة .

فقد لاحظ الفقهاء ان القاعدة القانونية تكون آمرة اذا كانت تتضمن قاعدة اساسية من قواعد التنظيم الاجتماعى ، وتكون مقررة اذا كانت لا تتعلق بغير معاملات الافراد ولا تنظم الا مصالحهم الخاصة ، أى لا تتعلق باسس التنظيم الاجتماعى وقد عبروا عن المبادئ الاساسية للتنظيم الاجتماعى باصطلاح « النظام العام »

(١) انظر د . جميل الشرفاوى المرجع السابق ص ٦٨ وما بعدها .

فالنظام العام إذاً هو « المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام المجتمع في النواحي السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية » . ولكن هذا التعريف يكشف عن أن فكرة النظام العام لا يمكن أن تكون معياراً دقيقاً يمكن استخدامه بسهولة للكشف عن نوع القواعد القانونية .

كذلك يبين هذا التعريف أن فكرة النظام العام مرنة ، تختلف من مجتمع إلى آخر ففي المجتمع الاسلامي يعتبر تعدد الزوجات نظاماً مقبولاً في حين انه في المجتمعات المسيحية يعتبر امره مخالفاً لنظامها العام ، والطلاق الذي تسلم بجوازه اغلب التشريعات يعتبر في بعض البلاد التي تحرم قوانينها مخالفاً للنظام العام ، كما أن مفهوم النظام العام يختلف في المجتمع الواحد من زمان إلى زمان .

وعلى أي حال فان عدم دقة فكرة النظام العام كمعيار للفرقة بين القواعد الآمرة والقواعد المقررة لا يعنى انعدام كل فائدة لها ، إذ أن القضاء يتخذ منها اساساً للبحث الذي يقوم به في كل حال على حدة لمعرفة ما إذا كان الأمر يتعلق بالنظام العام أولاً يتعلق به ، وله في ذلك سلطة واسعة في التقدير تتيح له تطوير فكرة النظام العام بالمرونة التي يتطلبها تطور المجتمع الانساني .

ومن أبرز العوامل التي تساعد على معرفة طبيعة القواعد القانونية ، وهل هي أمرة أم مقررة بيان فرع القانون الذي تنتمي اليه القاعدة .

فمن المعروف مثلاً ان قواعد القانون العام تتعلق كلها تقريباً بالنظام العام وبالتالي فهي قواعد أمرة وذلك لأنها تتعلق بكيان الدولة وتنظيم سلطاتها وتبين حقوق وحرىات الافراد فيها .

أما قواعد القانون الخاص فلأن أكثرها يدور حول تنظيم المعاملات المالية للأفراد فان قواعده تكون في الأصل قواعد مقررة ، ولكنه يشمل مع ذلك قواعد أمرة كثيرة اما لأنها تنظم مسائل لها أهمية أساسية في المجتمع ، أو لأنها ترسم الإطار العام للمعاملات الذي تتحرك في داخله حرية المتعاملين .

ففي القانون المدني مثلاً ، تعتبر كل القواعد المنظمة لمسائل الأسرة من

النظام العام ، لأن الأسرة هي الخلية التي يتكون منها المجتمع ونظامها يرتبط أوثق الارتباط بنظامه ، ولذا لا يجوز بالاتفاق تعديل احكام الزواج أو الطلاق أو النسب أو الميراث ، اما القواعد المتعلقة بالمعاملات المالية ، فاغلبها قواعد مقررّة ، ولكنها تشمل ايضا كثيرا من القواعد الآمرة .
وتعد كذلك أغلب قواعد القانون التجارى قواعد مقررّة وإن كان لا يخلو من بعض القواعد الآمرة .

ومن الجدير بالذكر أن قانون المرافعات يضم نوعين من القواعد النوع الأول منها يتعلق بالتنظيم القضائى والاختصاص النوعى للمحاكم وهذه القواعد تتعلق بالنظام العام ومن ثم فهي قواعد آمرة ، أما النوع الثانى والذي يتعلق بوسائل الاثبات والادعاء فانها تعتبر قواعد مقررّة فى أغلبها .
كذلك فان قواعد الجنسية التي يتضمنها القانون الدولى الخاص تتعلق بالنظام العام ومن ثم فهي قواعد آمرة ، اما بعض القواعد الاخرى التي تتعلق بالاجراءات الشكلية التي تمس النظام العام فانها تعد قواعد مقررّة .
ومن أبرز القواعد الآمرة كذلك القواعد الخاصة بساعات العمل للعمال والراحة الاسبوعية وغيرها من القواعد التي يتضمنها قانون العمل وتتعلق بحقوق العمال وضماناتهم ، أما عدا ذلك مما لا يتعلق بالنظام العام فان قواعده تعد قواعد مقررّة .

الفصل الثالث

مصادر القانون

يستعمل فقهاء القانون عادة كلمة مصدر فيا يتعلق بالقانون فى عدة معان
نقتصر على ثلاثة منها :
فال معنى الاول يقصد به المصدر المنشئ للقاعدة القانونية أو وسيلة اخراجها

الى الناس ، أو الطريق المعتمد الذى تنفذ منه قاعدة من قواعد السلوك الى دائرة القانون الوضعى وتكسب بمرورها منه عنصر الالزام ، أى أنها تصبح بمرورها منه ملزمة للأشخاص والهيئات وواجبة التطبيق فى المحاكم . وللدلالة على هذا المعنى يوصف المصدر بأنه مصدر رسمى للقانون . وبهذا المعنى يقال إن التشريع والعرف مصدران رسميان للقانون .

والمعنى الثانى يقصد به العوامل الاجتماعية المختلفة التى اقتضت وضع القاعدة القانونية ودفعتها الى الظهور من طريق المصدر الرسمى ، ويوصف هذا المصدر بأنه المصدر الحقيقى للقاعدة القانونية أو المصدر الموضوعى (أو المادى) أى الذى تستمد منه القاعدة القانونية مادتها ويتمثل فى العوامل الطبيعية والاقتصادية والجغرافية وغيرها كالبينة والدين والتقاليد والوراثة وهى التى يؤدى تفاعلها الى شعور المجتمع بالحاجة الى وضع قاعدة معينة . فاذا ما تم وضع هذه القاعدة من طريق التشريع مثلا ، كان التشريع مصدرها الرسمى وكانت تلك العوامل مجتمعة مصدرها الحقيقى أو الموضوعى (أو المادى) لأنها هى التى أملت على المشرع الحكم القانونى الذى صدر به التشريع .

والمعنى الثالث يقصد به الاصل التاريخى الذى يرجع اليه قانون معين ، فيوصف بأنه المصدر التاريخى .

وأنه وإن كان الغالب ألا تستعمل كلمة أو اصطلاح مصدر فى غير هذه المعانى الثلاثة الا أن البعض أحيانا قد يستعمل هذا الاصطلاح للتعبير عن وسائل تفسير القاعدة فيطلق اصطلاح المصدر التفسيرى للقاعدة الثانوية ويقصد به وسيلة استخراج الاحكام من المصدر الرسمى ويطلقون هذا الاصطلاح على الفقه والقضاء فيقولون انها مصدران تفسيران للقانون والواقع أن ما يقصد هنا بالمصدر التفسيرى للقانون ليس (فى الحقيقة) مصدرا للقاعدة القانونية وإنما وسيلة لاستكشاف مضمونها ومن ثم فلا علاقة له بتكوين القاعدة تكويننا رسميا أو موضوعيا أو تاريخيا وإذا حدث واستمدت القاعدة القانونية مادتها

من رأى الفقه أو من أحكام القضاء ، فإنها حينئذ لا يكونان مصدرين تفسيرين وإنما يكونان مصدرين ماديين .

وسنبداً أولاً بدراسة سريعة لمصادر القانون الاسلامى أو لما يطلق عليه الشرعيون الأدلة الشرعية وذلك لأن الشريعة الاسلامية هى القانون الواجب التطبيق فى المملكة العربية السعودية ، ثم نعرض لدراسة مصادر القانون فى الانظمة العالمية الاخرى بإيجاز .

المبحث الأول : مَصَادِرُ الْقَانُونِ الْإِسْلَامِيِّ

يطلق علماء أصول الفقه على مصادر القانون الاسلامى أحياناً تعبير « الأدلة الشرعية » وقد ثبت لدى جمهور علماء المسلمين بالاستقراء أن الأدلة الشرعية التى تستفاد منها الاحكام العملية ترجع إلى أربعة هى القرآن والسنة والاجماع والقياس . وهذه الأدلة الاربعة أو المصادر الاربعة للقانون الاسلامى التى اتفق جمهور علماء المسلمين على الاستدلال بها اتفقوا أيضاً على أنها مرتبة فى الاستدلال بها هذا الترتيب القرآن فالسنة فالاجماع فالقياس ، فاذا عرضت واقعة نظر المجتهد أولاً فى القرآن فان وجد فيه حكمها أمضاه وإن لم يوجد فيه حكمها نظر فى السنة فان وجد فيها حكمها أمضاه وان لم يوجد فيها حكم نظر هل أجمع المجتهدون فى عصر من العصور على حكم فيها فان وجد حكماً أمضاه وان لم يجد اجتهد فى الوصول الى حكمها بقياسها على ماورد النص بحكمه .

أما البرهان على الاستدلال بهذه الأدلة الشرعية أو مصادر القانون الاسلامى فهو قوله تعالى فى سورة النساء ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولَى الْأَمْرِ مِنْكُمْ . فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴾ .

فالأمر بطاعة الله أمر باتباع أحكام القرآن والأمر بالطاعة رسوله أمر باتباع السنة والأمر بالطاعة أولى الأمر من المسلمين أمر باتباع ما اتفقت عليه كلمة المجتهدين من الأحكام لأنهم أولو الأمر التشريعي من المسلمين ، والأمر برد الوقائع المتنازع فيها إلى الله وإلى الرسول أمر باتباع القياس حيث لائنص ولا إجماع لأن القياس فيه رد المتنازع فيه إلى الله وإلى الرسول لأنه الحائق واقعة لم يرد نص بحكمها بواقعة أخرى ورد النص بحكمها في الحكم الذي ورد به النص لتساوى الواقعتين في علة الحكم فالآية تدل على اتباع هذه الأدلة أو المصادر الأربعة . وأما البرهان على ترتيب الأدلة أو المصادر المذكورة في الاستدلال بها هذا الترتيب فهو مارواه البغوى عن معاذ بن جبل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما بعثه إلى اليمن قال : كيف تقضى إذا عرض لك قضاء قال أقضى بكتاب الله قال فان لم تجد في كتاب الله قال فبسنة رسول الله قال فان لم تجد في سنة رسول الله قال أجتهد رأيي ولا آلوأى لأقصر في اجتهاى . قال فضرب رسول الله على صدره وقال الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله » .

ومارواه البغوى عن ميمون بن مهران قال : كان أبوبكر إذا ورد عليه الخصوم نظر في كتاب الله فان وجد فيه مايقضى بينهم قضى به وإن لم يكن في الكتاب وعلم عن رسول الله في ذلك الأمر سنة قضى بها . فان أعياه أن يجد في سنة الله جمع رؤوس الناس وخيارهم فاستشارهم فان أجمع رأيهم على أمر قضى به وكذلك كان يفعل عمر » وأقرها على هذا كبار الصحابة ورؤوس المسلمين ولم يعرف بينهم مخالف في هذا الترتيب .

وتوجد أدلة أخرى عدا هذه الأدلة الأربعة لم يتفق جمهور المسلمين على الاستدلال بها فمنهم من استدلل بها على الحكم الشرعى ، ومنهم من أنكر الاستدلال بها . وأشهر هذه الأدلة المختلف في الاستدلال بها ستة ، الاستحسان والمصلحة المرسلة والعرف والاستصحاب وشرع من قبلنا ، ومذهب الصحابى .

فجمللة الادلة الشرعية عشرة . أربعة متفق من جمهور المسلمين على الاستدلال بها ، وستة مختلف في الاستدلال بها .

المطلب الأول

القرآن الكريم

١ - تعريفه :

هو كلام الله الذى نزل به الروح الأمين على قلب رسول الله محمد بن عبدالله . بالفاظه العربية ومعانيه الحقّة ليكون حجة للرسول على انه رسول الله . ودستور للناس يهتدون بهداه . وقربة يتعبدون بتلاوته . وهو المدون بين دفتى المصحف المبدوء بسورة الفاتحة المختوم بسورة الناس المنقول الينا بالتواتر كتابة ومشافهة جيلا عن جيل محفوظا من أى تغيير أو تبديل مصداق قول الله سبحانه فيه ﴿ انا نحن نزلنا الذكر وانا له لحافظون ﴾ .

٢ - خصائص الكتاب :

ومن هذا التعريف نتبين خصائص القرآن التى يمتاز بها عن الكتب السماوية السابقة وعن الأحاديث الواردة عن الرسول صلى الله عليه وسلم وهذه الخصائص هى :

- (أ) ان الكتاب منزل باللغة العربية ، وبهذه الخاصة يمتاز القرآن عن الكتب السماوية الأخرى كالتوراة والانجيل ، لأنها نزلت بغير اللسان العربى ، وعلى ذلك لا تعتبر ترجمة القرآن الى غير اللغة العربية قرآنا .^(١)
- (ب) أن معانى القرآن وألفاظه العربية كلاهما منزل من عند الله تعالى ، وقد كان على الرسول تلقيه وتبليغه الى الناس ، وبيان ما يحتاج منه الى البيان ،

(١) يقول النووى فى المجموع جـ ٣ ص ٢٧٩ لاجتياز قراءة القرآن بغير لسان العرب وعلى هذا

جواهر العلماء مالك وأحمد وداود .

وبهذه الخاصة يمتاز القرآن عن الاحاديث القدسية والنبوية لأن معانى الاحاديث الهام من الله تعالى لرسوله ، أما الالفاظ التى يعبر بها عن المعانى فهى من عند الرسول صلى الله عليه وسلم .

(ج) أن القرآن منقول بطريق التواتر إلينا ، أى رواية جماعة عن جماعة يستحيل اتفاق أفرادها عادة على الكذب ، والتواتر ثابت للقرآن كتابة ومشافهة فى جميع العصور من وقت أن نزل به الروح الأمين على الرسول صلى الله عليه وسلم الى الآن ، فقد كتب القرآن عن الرسول جماعة من كتاب الوحي وحفظه عنه جمع من الصحابة لا يمكن ان يتفقوا على الكذب ، ونقله عن هذه المجموع جموع أخرى حتى وصل إلينا مكتوبا فى المصاحف محفوظا فى الصدور من غير تبديل أو تغيير .

والنقل بطريق التواتر يفيد القطع واليقين بصحة المنقول ، ولذا فان نصوص القرآن قطعية الثبوت . وقد اختلف العلماء على الاحتجاج بغير المتواتر من القرآن والاعتماد عليه فى استنباط الاحكام الشرعية . فعند علماء الحنفية يصح الاحتجاج به ، وعند المالكية والحنابلة وبعض الشافعية لا يصح .

٣ - أنواع الاحكام التى جاء بها القرآن الكريم ثلاثة :

(١) احكام اعتقادية تتعلق بما يجب على المكلف اعتقاده فى الله وملائكه وكتبه ورسله واليوم الآخر .

(ب) احكام خلقية تتعلق بما يجب على المكلف أن يتحلى به من الفضائل وأن يتخلى عنه من الرذائل .

(ج) احكام عملية تتعلق بما يصدر عن المكلف من أقوال وأفعال وعقود وتصرفات . وهذا النوع الثالث هو فقه القرآن وهو المقصود الوصول اليه بعلم أصول الفقه .

والاحكام العملية فى القرآن تنتظم نوعين . احكام العبادات من صلاة وصوم وزكاة وحج ونذر ويمن ونحوها من العبادات التى يقصد بها تنظيم علاقة

الانسان بربه . وأحكام المعاملات من عقود وتصرفات وعقوبات وجنایات وغيرها مما عدا العبادات ومما يقصد بها تنظيم علاقة المكلفين بعضهم ببعض سواء أكانوا أفرادا أم أمما أم جماعات فاحكام ماعدا العبادات تسمى فى الاصطلاح الشرعى أحكام المعاملات . وأما فى الاصطلاح الحديث فقد تنوعت أحكام المعاملات بحسب ماتتعلق به وما يقصد بها الى الانواع الآتية :

(١) أحكام الاحوال الشخصية وهى التى تتعلق بالاسرة من بدء تكونها

ويقصد بها تنظيم علاقة الزوجين والاقارب بعضهم ببعض وآياتها فى القرآن نحو ٧٠ .

(ب) والاحكام المدنية وهى التى تتعلق بمعاملات الافراد ومبادلاتهم من بيع واجازة ورهن وكفالة وشركة ومدانة ووفاء بالتزام ويقصد بها تنظيم علاقات الافراد المالية وحفظ حق كل ذى حق . وآياتها فى القرآن نحو ٧٠ .

(ج) والاحكام الجنائية وهى التى تتعلق بما يصدر عن المكلف من جرائم مايستحقه عليها من عقوبة ويقصد بها حفظ حياة الناس وأموالهم وأعراضهم وحقوقهم وتحديد علاقة المجنى عليه بالجانى . بالامة وآياتها فى القرآن نحو ٣٠ .

(د) وأحكام المرافعات وهى التى تتعلق بالقضاء والشهادة واليمين ويقصد بها تنظيم الاجراءات لتحقيق العدل بين الناس وآياتها نحو ١٣ .

(هـ) والاحكام الدستورية وهى التى تتعلق بنظام الحكم وأصوله ويقصد بهذا تحديد علاقة الحاكم بالمحكوم وتقرير ما للافراد والجماعات من حقوق وآياتها نحو ١٠ .

(و) والاحكام الدولية وهى التى تتعلق بمعاملة الدولة الاسلامية لغيرها من الدول وبمعاملة غير المسلمين فى الدولة الاسلامية ويقصد بها تحديد علاقة الدولة الاسلامية بغيرها من الدول فى السلم وفى الحرب وتحديد علاقة المسلمين بغيرهم فى بلاد الدول الاسلامية وآياتها نحو ٢٥ .

(ز) والاحكام الاقتصادية والمالية وهى التى تتعلق بحق السائل والمحروم فى مال الغنى وتنظيم الموارد والمصارف ويقصد بها تنظيم العلاقات المالية بين

الاغنياء والفقراء وبين الدولة والافراد وآياتها نحو ١٠ .
ومن استقرأ آيات الاحكام في القرآن يتبين أن أحكامها تفصيلية في
العبادات ومايلحق بها من الأحوال الشخصية والموارث لأن أكثر هذا النوع
تعبدي ولا مجال للعقل فيه ولايتطور بتطور البيئات . وأما فيما عدا العبادات
والأحوال الشخصية من الأحكام المدنية والجنائية والدستورية والدولية
والاقتصادية فأحكامها فيها قواعد عامة ومبادئ أساسية ولم يتعرض فيها
لتفصيلات جزئية الا في النادر هذه الاحكام تتطور بتطور البيئات والمصالح
فاقتصر القرآن فيها على القواعد العامة والمبادئ الاساسية ليكون ولاية الأمر في
كل عصر في سعة من أن يفصلوا قوانينهم فيها حسب مصالحهم في حدود أسس
القرآن من غير اصطدام بحكم جزئي فيه .

٤ - دلالة القرآن على الاحكام :

القرآن قطعى الثبوت لوصوله الينا بطريق التواتر المفيد للقطع بصحة نقله
الينا الا أن دلالة على الأحكام قد تكون قطعية ، وقد تكون ظنية ، وذلك تبعا
لاحتمال الذى يكون فى الفاظ الكتاب وعدمه . فاذا كان اللفظ الوارد فيه
لايحتمل الا معنى واحدا كانت دلالة على الحكم دلالة قطعية ، وذلك كآيات
التي بها ألفاظ خاصة كآيات الموارث والحدود ﴿ يوصيكم الله فى أولادكم للذكر
مثل حظ الأنثيين . . . الآية ﴾ . « الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة
جلدة » . ﴿ والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم
ثمانين جلدة ﴾ . . فان هذه الالفاظ الخاصة التي تدل على معناها دلالة قطعية
على مقدار الميراث وعلى مقدار الحد لاتقبل تأويلا ، ولهذا لاتكون محلا للاجتهاد
ولاموضعا لاختلاف المجتهدين فى الفهم والاستنباط ، لان احكامها لاتقبل
التعديل ولاالتبديل ، ولان تعديلها يؤدى الى الخروج على النص الدال عليها
قطعا ويقينا ، والخروج على النص الدال على الحكم دلالة قطعية لايحوز .
وإذا كان اللفظ الوارد فى القرآن يحتمل أكثر من معنى واحد كانت دلالة

على الحكم دلالة ظنية ، وذلك كلفظ القرآن في قوله تعالى ﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾ فان هذا اللفظ يحتمل أن يكون المراد به الحيض ، ويحتمل أن يكون المراد به الطهر الذى يكون بين الحيضتين لاستعماله في كل واحد منها بطريق الاشتراك اللفظي ، فتكون دلالته على واحد منها بعينه دلالة ظنية لاقطعية ، ولهذا كان محلا للاجتهاد وموضعا لاختلاف المجتهدين في الفهم فمن المجتهدين من رجح المعنى الأول ومنهم من رجح المعنى الثانى .

المطلب الثانى

السنة

السنة في الاصطلاح الشرعيّ هي ما صدر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم من قول أو فعل أو تقرير .^(١)

فالسنن القولية هي أحاديثه التى قالها في مختلف الاغراض والمناسبات . مثل قوله صلى الله عليه وسلم « لا ضرر ولا ضرار » وقوله « في السائمة زكاة » وقوله عن البحر « هو الطهور ماؤه الحل ميتته » وغير ذلك .

والسنن الفعلية هي أفعاله صلى الله عليه وسلم مثل أدائه الصلوات الخمس ببيئاتها وأركانها ، وأدائه مناسك الحج ، وقضائه بشاهد واحد وبيمين المدعى .

والسنن التقريرية هي ما أقره الرسول مما صدر عن بعض أصحابه من أقوال وأفعال بسكوته وعدم انكاره ، أو بموافقته وإظهار استحسانه . فيعتبر بهذا الاقرار والموافقة عليه صادرا عن الرسول نفسه ، مثل ما روى أن صحابيين خرجا في سفر فحضرتهما الصلاة ولم يجدا ماء فتيما وصليا ، ثم وجدا الماء في الوقت فاعادا أحدهما ولم يعد الآخر ، فلما قصا أمرهما على الرسول أقر كلا منهما على ما فعل ، فقال للذى لم يعد : أصبت السنة وأجزأتك صلاتك ، وقال للذى

(١) أمر الله تعالى بالطاعة الرسول في عدد من آيات القرآن الكريم منها آية ٩٢ من سورة المائدة

وآية ٨٠ من سورة النساء وآية ٣١ من سورة آل عمران .

أعاد : لك الأجر مرتين . ومثل ما روى أنه صلى الله عليه وسلم لما بعث معاذ بن جبل الى اليمن قال له بم تقضى ؟ قال أقضى بكتاب الله . فان لم أجد فبسنة رسول الله ، فان لم أجد اجتهد رأيي . فأقره الرسول وقال : الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله .

والسنة ليست كلها قطعية الثبوت كالقرآن بل منها ما هو قطعى الثبوت وأقرب من ذلك وهو السنة المتواترة والمشهورة عند الخنفية والسنة المتواترة والمستفيضة عند غيرهم ، ومنها ما هو ظنى الثبوت وهو سنة الاحاد .

أما دلالة السنة على الاحكام فقد تكون قطعية اذا كانت لا تحتمل تأويلا ، وقد تكون ظنية اذا كانت محتملة التأويل كقوله صلى الله عليه وسلم « لا صلاة لمن لم يقرأ بفاتحة الكتاب » فقد انصرف معنى الحديث لدى بعض الفقهاء الى ان الصلاة لا تكون كاملة بغير فاتحة الكتاب ، أما المعنى الذى أخذ به جمهور الفقهاء فهو أن الصلاة لا تكون صحيحة اذا لم يقرأ المصلى فاتحة الكتاب .

وقد أجمع المسلمون على أن ما صدر عن رسول الله من قول أو فعل أو تقرير وكان مقصودا به التشريع والاقتداء ، ونقل الينا بسند صحيح يفيد القطع أو الظن الراجح بصدقه - يكون حجة على المسلمين ومصدرا تشريعيا يستتبط منه المجتهدون الاحكام الشرعية لافعال المكلفين . أى أن الاحكام الواردة فى هذه السنن تكون مع الاحكام الواردة فى القرآن قانونا واجب الاتباع .

المطلب الثالث

الإجماع

الإجماع فى اصطلاح الأصوليين : هو اتفاق جميع المجتهدين من المسلمين فى عصر من العصور بعد وفاة الرسول عليه الصلاة والسلام على حكم شرعى فى واقعة . فاذا وقعت حادثة وعرضت على جميع المجتهدين من الامة الاسلامية

وقت حدوثها واتفقوا على حكم فيها سمي اتفاقهم اجماعا واعتبر اجماعهم على حكم واحد فيها دليلا على هذا الحكم هو الحكم الشرعى فى الواقعة . وانما قيل فى التعريف بعد وفاة الرسول لأنه فى حياة الرسول هو المرجع التشريعى وحده فلا يتصور اختلاف فى حكم شرعى ولا اتفاق اذ الاتفاق لا يتحقق الا من عدد^(١)

والاجماع الذى يكون حجة فى التشريع لا بد فيه من اتفاق جميع المجتهدين فى عصر من العصور على حكم شرعى ،^(٢) وان الجمهور من العلماء لا يرون الاحتجاج باتفاق اكثر المجتهدين على حكم من الأحكام ، ولا يعدون ذلك اجماعا ، وترى بعض الفقهاء الاحتجاج بالاجماع السكونى بينما لا يرى غيرهم اعتباره حجة ولا اجماعا هذا ما قرره علماء الاصول فى كتبهم واقاموا عليه الادلة والبراهين وسند الاجماع هو الدليل الذى يعتمد عليه المجتهدون فى الحكم الذى اجمعوا عليه . ولا خلاف بين جمهور القائلين بحجة الاجماع فى ان الاجماع لا بد له من سند الاجماع بدون سند يؤدى الى القول بالرأى فى دين الله والى احداث تشريع جديد بعد النبى صلى الله عليه وسلم وذلك غير جائز .

ولا خلاف بينهم أيضا فى أن السند يجوز ان يكون نصا من كتاب الله تعالى أو سنة من سنن الرسول صلى الله عليه وسلم . فمن أمثلة الاجماع المستند الى نص كتاب الله تعالى اتفاق المجتهدين على تحريم الزواج بالجدة فانهم استندوا فى هذا الاجماع على قول الله تعالى ﴿ حرمت عليكم امهاتكم ﴾ فان المراد من الأم فى هذا النص الأصل مطلقا والجدة أصل بهذا المعنى وهو التفسير الذى استقر بالاجماع ، وعلى اساس ان الجدة أم كذلك استند المجتهدون الى كتاب الله فى توريث الجدة السدس فثبت هذا بالاجماع المستند أيضا من كتاب الله تعالى .

(١) انظر فى معنى الاجماع كشف الاسرار أصول الامام فخر الاسلام ج٣ ص ٩٤٦ .

(٢) انظر الاحكام للأمدى ج١ ص ١٤٠

هذا وقد أنكر النظام وبعض الخوارج والشيعنة أن الاجماع حجة على الاحكام الشرعية .

المطلب الرابع

القياس

١ - تعريفه :

القياس في اصطلاح الاصوليين : هو الحاق واقعة لانص على حكمها بواقعة ورد نص بحكمها ، في الحكم الذى ورد به النص . لتساوى الواقعتين في علة هذا الحكم فاذا دل نص على حكم في واقعة ، وعرفت علة هذا الحكم بطريق من الطرق التى تعرف بها علل الاحكام ، ثم وجدت واقعة اخرى تساوى واقعة النص في تحقق علة الحكم فيها فانها تسوى بواقعة النص في حكمها بناء على تساويهما في علته ، لان الحكم يوجد حيث توجد علته .

وفى الى امثلة على القياس :

ا - شرب الخمر : واقعة ثبت بالنص حكمها ، وهو التحريم الذى دل عليه قوله سبحانه وتعالى (انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه) لعلة هي الاسكار ، فكل نبذ توجد فيه هذه العلة يسوى بالخمر في حكمه ويحرم شربه . (١)

ب - قتل الوارث مورثه : واقعة ثبت بالنص حكمها ، وهو منع القاتل من الارث الذى دل عليه قوله صلى الله عليه وسلم (لا يرث القاتل) لعلة هي ان قتله فيه استعجال للشئ قبل اوانه فيردّ عليه قصده ويعاقب بحرمانه . وقتل

(١) هذا رأى الحنفية اما عند جمهور الفقهاء فانهم يذهبون الى ان كل مسكر يصدق عليه وصف الخمر .

الموصى له للموصى توجد فيه هذه العلة فيقاس بقتل الوارث مورثه ويمنع القاتل للموصى من استحقاق الموصى به له .

جـ - البيع وقت النداء للصلاة من يوم الجمعة : واقعة ثبت بالنص حكمها وهو الكراهة التي دل عليها قوله سبحانه (يا أيها الذين امنوا اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع) لعلّ هي شغله عن الصلاة والاجارة او الرهن او اية معاملة وقت النداء للصلاة من يوم الجمعة توجد فيها هذه العلة وهى شغلها عن الصلاة فتقاس بالبيع فى حكمه وتركه وقت النداء للصلاة .

ففى كل مثال من هذه الامثلة سويت واقعة لانص على حكمها بواقعة نص على حكمها فى الحكم المنصوص عليه بناء على تساويها فى علة هذا الحكم وهذه التسوية بين الواقعتين فى الحكم بناء على تساويها فى علته هى القياس فى اصطلاح الاصوليين ، وقولهم تسوية واقعة بواقعة ، او الحاق واقعة بواقعة او تعديده الحكم من واقعة الى واقعة وهى عبارات مترادفة مدلولها واحد تفيد معنى القياس على النحو المتقدم .

١ - حجية القياس :

يذهب جمهور علماء المسلمين أن القياس حجة شرعية على الاحكام العملية ، وأنه فى المرتبة الرابعة من الحجج الشرعية ، بحيث اذا لم يوجد فى الواقعة حكم بنص أو اجماع وثبت أنها تساوى واقعة نص على حكمها فى علة هذا الحكم فانها تقاس بها ويحكم فيها بحكمها ويكون هذا حكمها شرعا ، ويسع المكلف اتباعه والعمل به ، وهؤلاء يطلق عليهم مثبتوا القياس (١) وقد استدلل مثبتوا القياس على حجيته بما يأتى :-

١ - القرآن : وقد استدلوا منه بآيات كثيرة أظهرها وأكثرها ذكرا فى كتب

(١) انظر فى شروط الاخذ بالقياس الاحكام للامدى جـ ٣ ص ١٢ وارشاد الفحول للشوكانى

الاصول ، وهى قول الله تعالى (هو الذى أخرج الذين كفروا من اهل الكتاب من ديارهم لاول الحشر ماظننتم أن يخرجوا ، وظنوا أنهم مانعتهم حصونهم من الله ، فأتاهم الله من حيث لم يحتسبوا ، وقذف في قلوبهم الرعب يخرجون بيوتهم بأيديهم وأيدي المؤمنين فاعتبروا يا أولى الابصار ، ولولا ان كتب الله عليهم الجلاء لعذبهم فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب النار ، ذلك بأنهم شاقوا الله ورسوله ، ومن يشاق الله فان الله شديد العقاب) .

وقد استدلل هؤلاء الفقهاء على الدعوة الى القياس من قوله تعالى (فاعتبروا يا أولى الابصار) فان الله جل شأنه قص علينا فى هذه الآية الكريمة ما حل ببنى النضير جزاء كفرهم وكيدهم لرسول الله والمؤمنين ، ثم أعقب هذا بقوله : (فاعتبروا يا أولى الانصار) بمعنى تأملوا يا أصحاب العقول فيما نزل بهؤلاء القوم من العذاب وفى السبب الذى استحقوا به العقاب واحذروا أن تفعلوا مثل فعلهم ، فيحقيق لكم ما حاق بهم من عقاب .

ب - السنة : ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه لجأ إلى القياس ، وذلك أنه كان اذا سئل عن حكم مسألة لا يجيب السائل ببيان حكمها ولكن يسأله عن الحكم فى مسألة أخرى يعرف السائل حكمها ومن ذلك ما روى أن رجلا من خثعم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ان أبى أدركه الاسلام ، وهو شيخ كبير لا يستطيع ركوب الرحل . والحج مكتوب عليه ، أفأحج عنه ؟ قال : أنت أكبر ولده ، قال نعم . قال : أرايت لو كان على أبك دين فقضىته عنه أكان يجزىء ذلك عنه ؟ قال : نعم قال . فاحجج عنه .

ومنها ما روى ان عمر قال : صنعت اليوم يارسول الله امرأ عظيما ، قبلت زوجتى وأنا صائم ، فقال له الرسول صلى الله عليه وسلم : أرايت لو تغمضت بماء ، وأنت صائم فقلت لا بأس بذلك فقال رسول الله : ففيم ؟ أى ففى أى أمر هذا الاسف ؟

كذلك فان رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يبعث معاذًا قاضيا الى اليمن قال له : كيف تقضى اذا عرض لك قضاء ؟ قال أقضى بكتاب الله . قال : فان لم تجد فى كتاب الله . قال : فبسنة رسول الله . قال : فان لم تجد فى سنة رسول الله ولا فى كتاب الله ؟ قال : اجتهد رأيى ولا ألو (أى لا أقصر فى الاجتهاد والبحث) فضرب رسول الله صدره بيده ، وقال الحمد لله الذى وفق رسول الله لما يرضى الله ورسوله .

وجه الدلالة من هذا : أن النبى ﷺ أقر معاذًا على الاجتهاد برأيه اذا لم يجد نصا يقضى به فى الكتاب او السنة . ومما القياس الا نوع من الاجتهاد بالرأى فيكون حجة ودليلا على الاحكام الشرعية .

جـ - الاجماع : ما ثبت بالتواتر المعنوى عن جمع كثير من الصحابة انهم احتجوا بالقياس وعملوا به ، وتكرر ذلك منهم فى كثير من الوقائع المشهورة ولم ينكر احد منهم ذلك فكان هذا على رأى بعض الفقهاء اجماعا منهم على العمل بالقياس .

ويذهب النظامية والظاهرية وبعض فرق الشيعة الى ان القياس ليس حجة شرعية على الاحكام وهؤلاء هم نفاة القياس ، ومن أبرز ادلتهم ما يأتى :
ا - ما جاء فى القرآن الكريم من النهى عن اتباع الظن ، وأنه لا يغنى من الحق شيئا كقوله سبحانه (ولا تقف ما ليس لك به علم) وقوله جل شأنه (وما يتبع أكثرهم الا ظنا ان الظن لا يغنى من الحق شيئا) والقياس فى رأيهم من الظنون ، لان مبناه على الظن بان العلة التى لاجلها شرع الحكم فى المنصوص عليه هى كذا فيكون منهيا عن اتباعه والعمل به ، والمنهى عن اتباعه والعمل به لا يكون حجة فى اثبات الاحكام الشرعية .

ولكن يرد على هذا : بأن الظن الذى نهى الله عن اتباعه هو الظن فى الاحكام المتعلقة بالاعتقاد وأصول الدين ، لان هذه الاحكام لا بد فيها من القطع واليقين ، أما الاحكام العملية فالظن فيها كاف باتفاق العلماء .
ب - أن الصحابة قد ذموا القياس ، وأنكروا العمل به .

من ذلك ماروى ان ابا بكر رضى الله تعالى عنه سئل عن معنى الكلالة المذكورة في قول الله تعالى (وان كان رجل يورث كلالة او امرأة وله اخ أو أخت) فقال : أى سماء تظلنى ، وأى أرض تغلبنى اذا قلت في كتاب الله برأى ، أى بالقياس .

وماروى عن عمر بن الخطاب انه قال : اياكم واصحاب الرأى فانهم اعداء السنن اعيتهم الاحاديث ان يحفظوها فقالوا بالرأى فضلوا وأضلوا ، والرأى هو القياس اتفاقا .

ومن هذا ايضا قول ابن عباس : يذهب قراؤكم وصلحاؤكم ، ويتخذ الناس رؤساء جهالا يقيسون الامور بالرأى .

وكذلك قول على : لو كان الدين بالرأى لكان باطن الخف اولى بالمسح من ظاهره ولكنى رأيت رسول الله ﷺ يمسح على ظاهر الخف دون باطنه .

والواقع أن ماسبق يخالف المشهور عن بعض الصحابة من القول بالقياس . والعمل به فأبو بكر قد صح عنه انه قال في الكلالة اقول فيها برأى فان يكن صوابا فمن الله .. وإن يكن خطأ فمن الشيطان ، وأما عمر فعمله بالقياس وأمره ابا موسى الاشعري بالعمل به اشهر من الشمس وكذلك على بن أبى طالب وابن عباس ، وهذا يدل على ضعف هذه الروايات وعدم صحتها .

ج - أن القياس يؤدى الى الاختلاف والتنازع بين الامة ، لانه لا بد فيه من اثبات حكم الاصل ومعرفة العلة التى لاجلها شرع هذا الحكم واثبات ان هذه العلة متحققة في الفرع الذى يراد قياسه على الاصل ، وهذه كلها أمور ظنية ، والظنيات مثار لاختلاف الاراء والاختلاف والتنازع بين افراد الامة لاتقره الشريعة ولا تقبله وقد قال تعالى : ولا تنازعوا فتششلوا وتذهب ريحكم) .

والواقع ان الخلاف الناشئ عن العمل بالقياس ليس اختلافا في العقيدة ولكنه اختلاف في احكام جزئية فرعية لاتسبب ضررا كبيرا ولكنه قد يكون رحمة بالناس وتوسعة منه سبحانه وتعالى على عباده .

٣ - أركان القياس :

أركان القياس التي لا يتحقق بدونها أربعة وهي :

- ١ - الاصل : وهو ما ثبت الحكم فيه بالنص أو الاجماع ويسمى المقيس عليه والمشبّه به ويشترط فيه ان يكون حكما شرعيا ، وان يكون له علة تدرك بالعقل والا يكون حكم الاصل مختصا به وذلك كما في حالة اباحة الزواج للرسول بالهبة بدون مهر ، وكما في حالة تحريم الزواج باحدى زوجاته بعد وفاته .
- ٢ - الفرع : وهو ما لم يرد بحكمه نص ولا اجماع يدل على حكم مخالف للقياس .

٣ - حكم الاصل : وهو الحكم الشرعى الثابت للاصل ، ويراد اثباته للفرع بطريق القياس .

٤ - العلة : وهى المعنى الذى لاجله شرع الحكم فى الاصل وأهم ما يشترط فيها ان تكون ظاهرة ، منضبطة وان تكون وصفا مناسباً للحكم ، والا تكون قاصرة على الاصل .

اما الحكم الذى يثبت فى الفرع بالقياس فهو نتيجة القياس وثمرته وليس ركنا من اركانه ولا شرطا من شروطه .

المطلب الخامس

الاستحسان .

١ - تعريفه :

الاستحسان فى اللغة عد الشيء حسنا وفى اصطلاح الاصوليين هو عدول المجتهد عن مقتضى قياس جلى الى مقتضى قياس خفى او عن حكم كلى الى حكم استثنائى لدليل انقذ فى عقله رجح لديه هذا العدول . فاذا عرضت واقعة ولم يرد نص بحكمها وللنظر فيها وجهتان مختلفتان احدها ظاهرة تقتضى حكما والاخرى خفية تقتضى حكما آخر وقام بنفس المجتهد دليل رجح وجهة

النظر الخفية فعديل عن وجهة النظر الظاهرة فهذا يسمى شرعا الاستحسان . وكذلك اذا كان الحكم كليا وقام بنفس المجتهد دليل يقتضى استثناء جزئية من هذا الحكم الكلى والحكم عليها بحكم آخر فهذا ايضا يسمى شرعا الاستحسان . (١)

٢ - أنواعه :

من تعريف الاستحسان شرعيتين انه نوعان : أحدهما ترجيح قياس خفى على قياس جلى بدليل . وثانيهما استثناء جزئية من حكم كلى بدليل . من امثلة النوع الاول :-

١ - نص فقهاء الحنفية على ان الواقف اذا وقف ارضا زراعية يدخل حق السيل وحق الشرب وحق المرور فى الوقف تبعا بدون ذكرها استحسانا . والقياس انها لا تدخل الا بالنص عليها كالبيع . ووجه الاستحسان ان المقصود من الوقف انتفاع الموقوف عليهم ولا يكون الانتفاع بالارض الزراعية الا بالشرب والسيل والطريق فتدخل فى الوقف بدون ذكرها لان المقصود لا يتحقق الا بها كالاجارة .

فالقياس الظاهر الحاق الوقف فى هذا بالبيع لان كلا منهما اخراج ملك من مالكة والقياس الخفى الحاق الوقف فى هذا بالاجارة لان كلا منهما مقصود به الانتفاع . فكما يدخل السيل والشرب والطريق فى اجارة الاطيان بدون ذكرها تدخل فى وقف الاطيان بدون ذكرها .

ب - نص فقهاء الحنفية على انه اذا اختلف البائع والمشتري فى مقدار الثمن قبل قبض المبيع فادعى البائع ان الثمن الف ريال وادعى المشتري أنه تسائة ريال يتحالفان استحسانا ، والقياس ان لا يحلف البائع . لان البائع يدعى الزيادة (وهى عشرة) والمشتري ينكرها والبينة على من ادعى واليمين على من انكر فلا يمين على البائع ووجه الاستحسان ان البائع مدع ظاهرا بالنسبة

(١) انظر الهداية مع فتح القدير ج ١ ص ٦٧ والدر المختار مع حاشية ابن عابدين ج ١ ص

الى الزيادة ومنكر حق المشتري في تسلم المبيع بعد دفع التسعين . والمشتري منكرا ظاهرا الزيادة التي ادعاها البائع وهي العشرة ومدع حق تسلمه المبيع بعد دفع التسعين . فكل واحد منهما مدع من جهة ومنكر من جهة اخرى فيتخالفان .

فالقياس الظاهر الحاق هذه الواقعة بكل واقعة بين مدع ومنكر فالبيئة على من ادعى واليمين على من انكر .

والقياس الخفى الحاق هذه الواقعة بكل واقعة بين متداعيين كل واحد منهما يعتبر في ان واحد مدعيا ومنكرا فيتخالفان .

ففى كل مثال من المثالين السابقين تعارض في الواقعة قياسان احدهما جلى متبادر فهمه والاخر خفى دقيق فهمه وقام للمجتهد دليل رجح القياس الخفى فعدل عن القياس الجلى فهذا العدول هو الاستحسان والدليل الذى بنى عليه هو وجه الاستحسان .

ومن امثلة النوع الثانى :

ا - نهى الشارع عن بيع المعدم او التعاقد عليه ورخص استحسانا في السلم والاجارة والمزارعة والمساقاة والاستصناع وهى كلها عقود المعقود عليها فيها معدم وقت التعاقد ووجه الاستحسان حاجة الناس وتعارفهم .

ب - نص الفقهاء على ان الامين يضمن بموته مجهلا لان التجهيل نوع من التعدى واستثنى استحسانا موت الاب او الجد او الوصى مجهولا لان التجهيل نوع من التعدى ووجه الاستحسان ان الاب والجد والوصى لكل منهم ان ينفق على الصغير ويصرف ما يحتاج اليه فلعل ما جهله كان قد صرفه في وجهه .

ج - نص الفقهاء على ان الامين لا يضمن الا بالتعدى او التقصير في الحفظ واستثنى استحسانا الاجير المشترك فانه يضمن الا اذا كان هلاك ما عنده بقوة قاهرة ، ووجه الاستحسان تأمين المستأجرين . ونصوا على ان المحجور عليه للسفه لاتصح تبرعاته واستثنى استحسانا وقفه على نفسه مدة حياته ، ووجه

الاستحسان ان وقفه على نفسه فيه تأمين عقاراته من الضياع وهذا يتفق والغرض من الحجر عليه .

ففى كل مثال من هذه الامثلة استثنيت جزئية من حكم كلى بدليل . وهذا هو الذى يسمى اصطلاحا الاستحسان .

وقد انكر فريق من المجتهدين الاستحسان واعتبروه استنباطا لاحكام الشرعية بالهوى والتلذذ وعلى رأس هذا الفريق الامام الشافعى فقد نقل عنه انه قال (من استحسّن فقد شرع) أى ابتداءً من عنده شرعا . وقرر فى رسالته الاصولية ان مثل من استحسّن حكما مثل من اتجه فى الصلاة الى جهة استحسّن انها الكعبة من غير ان يقوم له دليل من الادلة التى اقامها الشارع لتعيين الاتجاه الى الكعبة وقرر فيها ايضا ان (الاستحسان تلذذ ولو جاز الاخذ بالاستحسان فى الدين لمجاز ذلك لاهل العقول من غير أهل العلم ، ولجاز أن يشرع فى الدين فى كل باب وان يخرج كل احد لنفسه شرعا .

والواضح ان الفريقين المختلفين فى الاستحسان لم يتفقا فى تحديد معناه . فالمحتجّون به يريدون منه معنى غير الذى يريده من لا يحتجون به . ولو اتفقوا على تحديد معناه ما اختلفوا فى الاحتجاج به لان الاستحسان هو عند التحقيق عدول عن دليل ظاهر او عن حكم كلى لدليل يقتضى هذا العدول وليس مجرد تشريع بالهوى .

ولهذا قال الامام الشاطبى فى الموافقات : من استحسّن لم يرجع الى مجرد ذوقه وتشهيه وانما رجع الى ما علم من قصد الشارع فى الجملة فى امثال تلك الاشياء المعروضة كالمسائل التى يقتضى فيها القياس امرا الا ان ذلك الامر يؤدى الى تفويت مصلحة من جهة او جلب مفسدة كذلك .

والمشهور فى بعض كتب الاصول وغيرها ان الاستحسان اصل من اصول الحنفية ، وانهم هم الذين يأخذون به ، وأن غيرهم من الفقهاء لم يأخذوا به ، ولم يعتدوا به فى استنباط الاحكام ، وهذا مخالف للواقع ، لان هذا الاصل معتبر عند جميع الائمة ، ومن يتتبع الكتب الفقهية فى المذاهب المختلفة يجد بها الكثير

من الاحكام المبينة على الاستحسان وأظهرها في ذلك كتب المالكية .
والامام الشافعى نفسه الذى انكر الاستحسان ، وبالف في رده قد ثبت عنه
القول به في بعض المسائل ، فقد نقل عنه الامدى في الاحكام ^(١) أنه استحس
ثبوت الشفعة للشفيع الى ثلاثة ايام ؛ بالاضافة الى اعتماده على الاستحسان في
امور اخرى .

وقد استحس - كما استحس غيره من الائمة - جواز الاستحمام في
المهامات المعدة لاستجارها لهذا الغرض من غير تقدير الاجرة ، ولاتقدير الماء
المستعمل ولامدة المكث وجواز شرب الماء من ايدى السقائين من غير تقدير الماء
المشروب وعوضه ، لان التقدير في مثل هذا قبيح عادة فاستحسنوا ترك المضايقة
فيه ، وهو استحسان ثبت بالعرف والعادة على خلاف ماتقضى به القواعد المقررة
في باب البيع والاجارة اذ تتضمن هذه القواعد عدم جواز ذلك للجهالة في المبيع
او في مدة الاجارة ، وهذا نوع من الاستحسان .

واذا ثبت هذا كان من المتعين ان يحمل انكار الامام الشافعى للاستحسان
على القول بالرأى والهوى وهو ما انكره ائمة المسلمين .

المطلب السادس: المصلحة المرسله

١ - تعريفها :-

المصلحة المرسله اى المطلقة هى في اصطلاح الاصوليين المصلحة التى لم
يشرع الشارع حكما لتحقيقها ، ولم يدل دليل شرعى على اعتبارها او الغائها .
وسميت مطلقة لانها لم تقيد بدليل اعتبار او دليل الغاء . ومثالها المصلحة التى
شرع لاجلها الصحابة اتخاذ السجون ، او ضرب النقود . او ابقاء الارض
الزراعية التى فتحوها في ايدى اهليها ووضع الخراج عليها . او غير هذا من
المصالح التى اقتضتها الضرورات او الحاجات او التحسينات ولم تشرع احكام
لها . ولم يشهد شاهد شرعى باعتبارها او بالغائها .

(١) انظر الامدى في الاحكام ج ٣ ص ١٣٨

وتوضيح هذا التعريف ان تشريع الاحكام ما قصد به الا تحقيق مصالح الناس اى جلب نفع لهم او دفع ضرر او رفع حرج عنهم . وان مصالح الناس لا تنحصر جزئياتها ولا تنتهى افرادها وانها تتجدد بتجدد احوال الناس وتتطور باختلاف البيئات . وتشريع الحكم قد يجلب نفعاً في زمن وضرراً في زمن اخر وفي الزمن الواحد قد يجلب الحكم نفعاً في بيئة ويجلب ضرراً في بيئة اخرى .

فالمصالح التى شرع الشارع احكاماً لتحقيقها ودل على اعتبارها لما شرعه تسمى فى اصطلاح الاصوليين المصالح المعتبرة من الشارع مثل حفظ حياة الناس شرع الشارع له ايجاب القصاص من القاتل العمد . وحفظ ما لهم الذى شرع له جد السارق والسارقة وحفظ اعراضهم الذى شرع له حد القاذف والزانى والزانية . فكل من القتل العمد ، والسرقه والقذف ، والزنا ، وصف مناسب اى ان تشريع الحكم بناء عليه يحقق مصلحة وهو معتبر من الشارع لان الشارع بنى الحكم عليه وهذا المناسب المعتبر من الشارع اما مناسب مؤثر واما مناسب ملائم على حسب نوع اعتبار الشارع له . ولا خلاف فى التشريع بناء عليه كما قدمنا .

واما المصالح التى اقتضتها البيئات والطوارئ بعد انقطاع الوحى .، ولم يشرع الشارع احكاماً لتحقيقها ولم يقم دليل منه على اعتبارها او الغائها فهذه تسمى المناسب المرسل او بعبارة اخرى المصلحة المرسله .

٢ - ادلة من يحتجون بها : -

ذهب جمهور علماء المسلمين الى ان المصلحة المرسله حجة شرعية يبنى عليها تشريع الاحكام ، وأن الواقعة التى لاحكم فيها بنص أو اجماع أو قياس أو استحسان يشرع فيها الحكم الذى تقتضيه المصلحة المطلقة ولا يتوقف تشريع الحكم بناء على هذه المصلحة على وجود شاهد من الشرع باعتبارها .

وتنحصر ادلة الفائلين بحجية المصالح المرسله فيما يأتى :

١ - روى ان رسول الله ﷺ قال لمعاذ بن جبل حين بعثه الى اليمن : كيف تقضى اذا عرض لك قضاء ؟ قال : اقضى بما فى كتاب الله ، قال فان لم

يكن في كتاب الله ؟ قال : فيسنة رسول الله ، قال : فان لم يكن في سنة رسول الله ؟ قال : اجتهد رأيي لا آلو ، (أى لا أقصر في الاجتهاد والبحث) قال معاذ فضرب رسول الله ﷺ صدرى بيده ثم قال : الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله .

وجه الاستدلال من هذا الحديث : أن رسول الله ﷺ أقر معاذاً على الاجتهاد بالرأى اذا لم يجد في الكتاب او السنة ما يقضى به ، والاجتهاد بالرأى كما يكون بقياس النظر على نظيره يكون بتطبيق الشريعة ، والاسترشاد بمبادئها وأهدافها العامة ، والواقع ان العمل بالمصالح المرسله لا يخرج عن هذا لانه تحقيق للمصلحة العامة وهو الهدف الاساسى من التشريع السامى .

ب - ان مصالح الناس تتجدد ولا تنتهى ، فلو لم تشرع الاحكام لما يتجدد من مصالح الناس ولما يقتضيه تطورهـم واقتصر التشريع على المصالح التى اعتبرها الشارع فقط لعطلت كثير من مصالح الناس فى مختلف الازمنة والامكنة ووقف التشريع عن مسايرة تطورات الناس ومصالحهم ، وهذا لا يتفق وما قصد بالتشريع من تحقيق مصالح الناس .

ج - أن من استقرأ تشريع الصحابة والتابعين والائمة المجتهدين يتبين انهم شرعوا احكاما كثيرة لتحقيق مطلق المصلحة لا لقيام شاهد باعتبارها . فأبو بكر جمع الصحف المفردة التى كانت مدونة فيها القرآن ، وحارب مانعى الزكاة . واستخلف عمر بن الخطاب . وعمر امضى الطلاق ثلاثا بكلمة واحدة ، ومنع سهم المؤلفة قلوبهم من الصدقات ووضع الخراج ودون الدواوين ، واتخذ السجون ، ووقف تنفيذ حد السرقة فى عام المجاعة وعثمان جمع المسلمين على مصحف واحد ونشره وحرق ما عداه ، وورث زوجة من طلق زوجته للفرار من ارثها . وعلى حرق الغلاة من الشيعة الروافض . والحنفية حجروا على المفتى الماكن والطبيب الجاهل والمكارى المفلس . والمالكية اباحوا حبس المتهم وتعزيره توصلا الى اقراره والشافعية اوجبوا القصاص من الجماعة اذا قتلوا الواحد . وجميع هذه المصالح التى قصدها بما شرعوه من الاحكام هى مصالح مرسله ،

وقد شرعوا بناء عليها لانها مصلحة ولانه لا دليل من الشارع على الغائها ، وما وقفوا عن التشريع لمصلحة حتى يشهد شاهد شرعى باعتبارها ، ولهذا قال القرافى : (ان الصحابة عملوا امورا مطلق المصلحة لا لتقدم شاهد بالاعتبار) . وقال ابن عقيل (السياسة كل فعل تكون معه الناس اقرب الى الصلاح وابتعد عن الفساد وان لم يضعه الرسول ولا نزل به وحى ومن قال لا سياسة الا بما نطق به الشرع فقد غلط وغلط الصحابة في شريعتهم .

٣ - شروط الاحتجاج بها :

من يحتاجون بالمصلحة المرسله احتاطوا للاحتجاج بها حتى لا تكون بابا للتشريع بالهوى والتشهى ، ولهذا اشترطوا فى المصلحة المرسله التى يبنى عليها التشريع شروطا ثلاثة :

١ - أن تكون مصلحة حقيقية وليست مصلحة وهمية . والمراد بهذا ان يتحقق من ان تشريع الحكم فى الواقعة يجلب نفعا او يدفع ضررا . واما مجرد توهم ان التشريع يجلب نفعا من غير موازنة بين ما يجلبه من ضرر فهذا بناء على مصلحة وهمية . ومثال هذه المصلحة التى تتوهم فى سلب الزوج حق تطليق زوجته وجعل حق التطليق للقاضى فقط فى جميع الحالات .

ب - ان تكون مصلحة عامة وليست مصلحة شخصية . والمراد بهذا ان يتحقق من ان تشريع الحكم فى الواقعة يجلب نفعا لأكبر عدد من الناس او يدفع ضررا عنهم وليس لمصلحة فرد او افراد قلائل منهم . فلا يشرع الحكم لانه يحقق مصلحة خاصة بأمر او عظيم بصرف النظر عن جمهور الناس ومصلحتهم . فلا بد ان تكون لمنفعة جمهور الناس .

ج - ان لا يعارض التشريع لهذا المصلحة حكما او مبدأ ثبت بالنص او الاجماع . فلا يصح اعتبار المصلحة التى تقتضى مساواة الابن والبنت فى الارث لان هذه المصلحة ملغاة لمعارضتها نص القرآن . ولهذا كانت فتوى يحيى بن يحيى الليثى المالكى فقيه الاندلس وتلميذ الامام مالك بن انس خاطئة . وذلك ان احد ملوك الاندلس افطر عمدا فى رمضان فأفتاه الامام يحيى بانه لا كفارة

لا فطره الا ان يصوم شهرين متتابعين وبنى فتواه على ان المصلحة تقتضى هذا ، اذ ان المقصود من الكفارة زجر المذنب وردعه حتى لا يعود الى مثل ذنبه ، ولا يردع هذا الملك الا هذا . فأما إعتاقه رقبة فهذا يسير عليه ولا ردع فيه فهذه الفتوى بنيت على مصلحة ولكنها تعارض نصاً لأن النص صريح في أن كفارة من أفطر في رمضان عمدا اعتاق رقبة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ، بلا تفريق بين ملك يفطر وفقير يفطر . فالمصلحة التي اعتبرها المفتي لازماً للملك بالتكفير بصيام شهرين خاصة مصلحة ليست مرسله بل هي ملفاة .

ومن هذا يتبين ان المصلحة وبعبارة اخرى الوصف المناسب اذا دل شاهد شرعى على اعتباره بنوع من انواع الإعتبار فهو المناسب المعتبر من الشارع وهو اما المناسب المؤثر او المناسب الملازم . واذا دل شاهد شرعى على الغاء اعتباره فهو المناسب الملغى ، واذا لم يدل شاهد شرعى على اعتباره ولا على الغائه فهو المناسب المرسل وبعبارة اخرى المصلحة المرسله .

٤ - اشهر من لا يحتاجون بها :

ذهب بعض علماء المسلمين الى أن المصلحة المرسله التي لم يشهد شاهد شرعى باعتبارها ولا بالغائها لا يبنى عليها تشريع .

ودليلهم امران : الاول ان الشريعة راعت كل مصالح الناس بنصوصها وبما ارشدت اليه من القياس ، والشارع لم يترك الناس سدى ولم يحمل اية مصلحة من غير إرشاد الى التشريع لها . فلا مصلحة إلا ولها شاهد من الشارع باعتبارها . والمصلحة التي لا شاهد من الشارع بإعتبارها ليست في الحقيقة مصلحة ، وما هي الا مصلحة وهمية ولا يصح بناء التشريع عليها .

والثاني : ان التشريع بناء على مطلق المصلحة فيه فتح باب لاهواء ذوى الاهواء من الولاة والامراء ورجال الافتاء فبعض هؤلاء قد يغلب عليهم الهوى والغرض فيتخللون المفاصد مصالح ، والمصالح امور تقديرية تختلف باختلاف

الاراء والبيئات . ففتح باب التشريع لمطلق المصلحة ففتح باب الشر .
والراجح هو ترجيح بناء التشريع على المصلحة المرسلة ، لانه اذا لم يفتح
هذا الباب جمد التشريع الاسلامى ووقف عن مسيرة الازمان والبيئات ومن قال
ان كل جزئية من جزئيات مصالح الناس فى اى زمن وفى اية بيئة قدراعاها
الشارع وشرع بنصوصه ومبادئه العامة ما يشهد لها وبلائنها . فقله لا يؤيده
الواقع فانه مما لا ريب فيه ان بعض المصالح التى تجد لا يظهر شاهد شرعى
على اعتبارها ذاتها .

ومن خاف من العبث والظلم واتباع الهوى باسم المصلحة المطلقة ، يدفع
خوفه بان المصلحة المطلقة لا يبنى عليها تشريع الا اذا توافرت فيها الشروط
الثلاثة التى بينها وهى ان تكون مصلحة عامة حقيقية لا تخالف نصا شرعيا
ولا مبدأ شرعيا .

قال ابن القيم « من المسلمين من فرطوا فى رعاية المصلحة المرسلة فجعلوا
الشرعية قاصرة لا تقوم بمصالح العباد محتاجة الى غيرها ، وسدوا على أنفسهم
طرقا صحيحة من طرق الحق والعدل . ومنهم من افراطوا فسوغوا ما ينافى شرع
الله واحداثوا شرا طويلا وفسادا عريضا » .

لذلك يمكن القول ان المصلحة المرسلة من اهم الاصول الشرعية والتى يمكن
ان تأتى بنتائج عظيمة اذا استخدمها من ينطبق عليه وصف المجتهد . فعن
طريقها يمكن لولاة الامور الفصل فى الامور بروح الشريعة ومبادئها العامة
وقواعدها الاساسية وان يشرعوا الاحكام والقوانين التى تحقق مصلحة الامة
وتلبى حاجاتها ومطالبها .

ويلاحظ أن المصالح المرسلة والقياس يتفقان فى امرين :
اولهما : ان العمل بهما يكون فى الوقائع التى سكنت الشارع عن بيان حكمها
ولا يوجد لها حكم خاص فى الكتاب او السنة او الاجماع .
وثانيهما : أن الحكم الثابت بهما مبنى على رعاية المعنى المناسب الذى يغلب على
الظن انه يصلح ان يكون مناطا وعلة لتشريع الحكم .

وانها يختلفان في أمرين أيضا :
أولها : أن الوقائع التي يحكم فيها بالقياس لها نظير في الكتاب او السنة او
الاجماع ويمكن قياسها عليه .
أما الوقائع التي يحكم فيها بالمصالح المرسله فليس لها نظير تقاس عليه ،
بل يثبت الحكم فيها ابتداء ، بناء على ما يكون فيها من تحقيق مصلحة
الناس .

ثانيها : ان المصلحة التي بنى عليها الحكم في القياس قام الدليل المعين
على اعتبارها ، اما المصلحة التي بنى الحكم عليها في المصالح المرسله فلم يقم
الدليل على اعتبارها او الغائها ، بل سكت الشارع عنها ومن ثم كانت مصلحة
مطلقة غير معتبرة وغير ملغاة .

المطلب السابع

العرف

١ - تعريفه :

العرف هو ما تعارفه الناس وساروا عليه ، من قول ، أو فعل ، أو ترك ،
ويسمى العادة . وفي لسان الشرعيين لا فرق بين العرف والعادة . فالعرف
العملي مثل تعارف الناس بالبيع بالتعاطي من غير ضيغة لفظية ، والعرف القولي
مثل تعارفهم اطلاق الولد على الذكردون الانثى وتعارفهم على أن لا يطلقوا لفظ
اللحم على السمك . والعرف يتكون من تعارف الناس على اختلاف طبقاتهم
عامتهم وخاصتهم بخلاف الاجماع فانه يتكون من اتفاق المجتهدين خاصة ،
ولا دخل للعامة في تكوينه ^(١) .

٢ - انواعه : العرف نوعان : عرف صحيح ، وعرف فاسد . فالعرف

(١) انظر مجموعة الرسائل لابن عابدين ج ٢ ص ١٠٤

الصحيح هو ما تعارفه الناس ولا يخالف دليلا شرعيا ولا يحل محرما ولا يبطل واجبا ، كتعارف الناس عقد الاستصناع ، وتعارفهم تقسيم المهر الى مقدم ومؤخر ، وتعارفهم ان الزوجة لا تزف الى زوجها الا اذا قبضت جزءا من مهرها ، وتعارفهم أن ما يقدمه الخاطب الى خطيبته من حلى وثياب هو هدية لا من المهر .

وأما العرف الفاسد فهو ما تعارفه الناس ولكنه يخالف الشرع أو يحل المحرم أو يبطل الواجب ، مثل تعارف الناس كثيرا من المنكرات في الموالد والمآتم . وتعارفهم أكل الربا وعقود المقامرة .

٣ - حكمه : أما العرف الصحيح فتجب مراعاته في التشريع وفي القضاء ، وعلى المجتهد مراعاته في تشريعه ، وعلى القاضي مراعاته في قضائه ، لان ما تعارفه الناس وما ساروا عليه صار من حاجاتهم ومتفقا ومصالحهم ، فما دام لا يخالف الشرع وجبت مراعاته والشارع راعى الصحيح من عرف العرب في التشريع ، ففرض الدية على العاقلة ، وشرط الكفاءة في الزواج ، واعتبر العصبية في الولاية والارث .

ولهذا قال العلماء : العادة شريعة محكمة . والعرف في الشرع له اعتبار والامام مالك بنى كثيرا من احكامه على عمل أهل المدينة . وأبو حنيفة وأصحابه اختلفوا في أحكام بناء على اختلاف أعرافهم والشافعي لما هبط الى مصر غير بعض الاحكام التي كان قد ذهب اليها وهو في بغداد لتغير العرف ولهذا له مذهبان قديم وجديد وفي فقه الحنفية أحكام كثيرة مبنية على العرف منها اذا اختلف المتداعيان ولا بينة لاحدهما فالقول لمن يشهد له العرف واذا لم يتفق الزوجان على المقدم والمؤخر من المهر فالحكم هو العرف . ومن حلف لا يأكل لحما فأكل سمكا لا يحنث بناء على العرف والمنقول يصح وقفه اذا جرى به العرف . والشرط في العقد يكون صحيحا اذا ورد به الشرع أو اقتضاه العقد أو جرى به العرف وقد ألف ابن عابدين رسالة سماها (نشر العرف فيما بنى من الاحكام

على العرف) . ومن العبارات المشهورة : المعروف عرفا كالمشروط شرطا والثابت بالعرف كالثابت بالنص .

وأما العرف الفاسد فلا تجب مراعاته لان في مراعاته معارضة دليل شرعى أو ابطال حكم شرعى ، فاذا تعارف الناس عقدا من العقود الفاسدة كعقد ربوى أو عقد فيه غرر وخطر ، فلا يكون لهذا العرف أثر في اباحة هذا العقد . وقد كان من نتيجة اعتبار العرف في تشريع الاحكام أن اختلفت تلك الاحكام تبعا لاختلاف العرف والعادة لان تغير الاصل يستلزم تغير الفرع بالضرورة ، لذا يختلف أئمة المذهب الواحد في استنباط الاحكام تبعا لاختلاف العرف وتغيره ، والعلماء المتأخرون يخالفون الأئمة المتقدمين في بعض اجتهاداتهم في الفروع ، وهذا الاختلاف هو ما يقول فيه العلماء : إنه اختلاف عصر وزمان ، لا اختلاف حجة وبرهان . والعرف عند التحقيق ليس دليلا شرعيا مستقلا ، وهو في الغالب من مراعاة المصلحة المرسلة ، وهو كما يراعى في تشريع الاحكام يراعى في تفسير النصوص ، فيخصص به العام . ويقيد به المطلق . وقد يترك القياس بالعرف ولهذا صح عقد الاستصناع لجريان العرف به وان كان قياسا لا يصح لانه عقد على معدوم .

ومما تقدم يتضح أن العرف مصدر خصب من مصادر القانون الاسلامى التى ينبغى الاهتمام بها والعمل على الاستفادة منها مراعاة لمصالح الناس ورفع الحرج عنهم .

المطلب الثامن

الاستصحاب

١ - تعريفه :

الاستصحاب فى اللغة : اعتبار المصاحبة . وفى اصطلاح الاصوليين : هو الحكم على الشيء بالمال التى كان عليها من قبل حتى يقوم دليل على تغير تلك

الحال ، أو هو جعل الحكم الذى كان ثابتا فى الماضى باقيا فى الحال حتى يقوم دليل على تغيره ^(١) .

فإذا سئل المجتهد عن حكم عقد أو تصرف ولم يجد نصا فى القرآن أو السنة ولا دليلا شرعيا يدل على حكمه ، حكم باباحة هذا العقد أو التصرف بناء على أن الاصل فى الاشياء الاباحة ، وهى الحال التى خلق الله عليها ما فى الارض جميعه ، فما لم يتم دليل على تغيرها فالشئ على اباحته الاصلية ، وإذا سئل المجتهد عن حكم حيوان أو جماد أو نبات أو أى طعام أو شراب أو عقل من الاعمال ولم يجد دليلا شرعيا على حكمه ، حكم باباحته . لان الاباحة هى الاصل ولم يتم دليل على تغيره .

وانما كان الاصل فى الاشياء الاباحة لان الله سبحانه قال فى كتابه الكريم « هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا » وصرح فى عدة آيات بأنه سخر للناس ما فى السموات وما فى الارض ، ولا يكون ما فى الارض مخلوقا للناس ومسخرأ لهم الا اذا كان مباحا لهم . لانه لو كان محظورا عليهم ما كان لهم .
٢ - أنواعه : والاستصحاب أنواع ثلاثة هى :

أ - استصحاب الحكم الاصلى للاشياء : وهو الاباحة عند عدم الدليل على خلافه وهو ما سبقته الإشارة اليه .

ب - استصحاب العدم الاصلى أو البراءة الاصلية : ومثاله الحكم ببراءة الذمة من التكاليف الشرعية والحقوق حتى يوجد الدليل الذى يدل على شغلها بشئ من ذلك كالالتزام أو الائتلاف .

فإذا ادعى شخص أن له دينا على آخر ، ولم يتم دليلا على ذلك وجب الحكم ببراءة ذمة المدعى عليه لان الاصل براءة الذمة حتى يقوم الدليل على العكس .

(١) انظر كتاب ارشاد الفحول للشوكانى ص ٢٠٨

ج - استصحاب ما دل الشرع على ثبوته لوجود سببه حتى يقوم
الدليل على زواله :

كثبت الملك عند وجود السبب الذى يفيد ، وثبت الحل بين الزوجين عند
جريان العقد الذى يفيد ، وشغل الذمة عند حصول الالتزام بمال أو اتلافه .

٣ - حجيته : الاستصحاب آخر دليل شرعى يلجأ اليه المجتهد لمعرفة
حكم ما عرض له . ولهذا قال الاصوليون : انه آخر مدار الفتوى وهو الحكم على
الشيء بما كان ثابتاً له ما دام لم يقم دليل بغيره . وهذا طريق فى الاستدلال قد
فطر عليه الناس وساروا عليه فى جميع تصرفاتهم واحكامهم . فمن عرف انسانا
حيا حكم بحياته وبني تصرفاته على هذه الحياة حتى يقوم الدليل على وفاته .
ومن عرف فلانة زوجة فلان شهد بالزوجية ما دام لم يقم له دليل على
انتهائها . وهكذا كل من علم وجود أمر حكم بوجوده حتى يقوم الدليل على
عدمه . ومن علم عدم أمر حكم بعدمه حتى يقوم الدليل على وجوده .

وقد درج على هذا القضاء فالملك الثابت لاي انسان بسبب من أسباب
الملك يعتبر قائما حتى يثبت ما يزيله ، والحل الثابت للزوجين بعقد الزواج يعتبر
قائما حتى يثبت ما يزيله . والذمة المشغولة بدين أو بأى التزام تعتبر مشغولة به
حتى يثبت ما يخليها منه ، والذمة البريئة من شغلها بدين أو التزام تعتبر بريئة
حتى يثبت ما يشغلها والاصل بقاء ما كان حتى يثبت ما يغيره .

وقد وضع الفقهاء والمجتهدون بعض المبادئ الفقهية التى أسسوها على
الاستصحاب وسنشير فيما يلى الى طائفة من أهم هذه المبادئ .

٤ - المبادئ الفقهية المبنية على الاستصحاب :

وعلى هذا المصدر بنى الفقهاء المبادئ الآتية :

أ - الاصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت ما يغيره ، وبناء على
هذه القاعدة قال الفقهاء : ان المفقود او الغائب الذى لا يعلم مكانه وحياته أو
موته تجرى عليه احكام الاحياء فيما كان له حتى يقوم الدليل على وفاته ،

فلا يورث ماله ، ولا تتزوج امرأته ولا تؤخذ وديعته من مودعه لان حياته كانت ثابتة ييقن عند غيبته أو فقده ، فيحكم ببقائها الى أن يقوم دليل على موته ، أما اذا مات أحد أقارب المفقود ، وكان المفقود من ورثته فلا يحكم له بنصيبه من الميراث ، بل يوقف الامر حتى تثبت حياته او موته على وجه اليقين ، والسبب في ذلك أن الميراث لا يثبت الا لمن تعلم حياته يقينا عند وفاة مورثه .

ب - الاصل في الاشياء الاباحة وعلى ذلك يحكم بصحة كل عقد أو تصرف لم يرد ما يدل على فساده أو بطلانه ، كما تحكم على كل نبات أو حيوان لم يرد دليل شرعى على تحريمه .

ج - أن اليقين لا يزول بالشك ، ومعنى ذلك أنه اذا ثبت شيء على وجه التيقن فلا يحكم بزواله لمجرد الشك ، ومن الفروع المبنية على هذا الاصل : أن من تيقن بالوضوء وشك في إنتقاضه فانه يحكم ببقاء وضوئه الثابت من قبل ييقن ، ومن أكل في رمضان وهو شاك في طلوع الفجر ، ولم يتبين أنه أكل بعد طلوع الفجر أو قبله كان صومه صحيحا لان الليل متيقن والفجر مشكوك فيه .

ومن شك في غروب الشمس لا يجوز له الفطر ، فاذا أكل فسد صومه ووجب عليه صيام يوم بدلا عنه ، لان النهار متيقن ، والغروب مشكوك فيه ^(١) .

والواقع أن اعتبار الاستصحاب نفسه دليلا على الحكم فيه تجوز لان الدليل في الحقيقة هو الدليل الذى ثبت به الحكم السابق وما الاستصحاب الا استيفاء دلالة هذا الدليل على حكمه . وقد قرر علماء الحنفية أن الاستصحاب حجة للدفع لا للاثبات ومرادهم بهذا أنه حجة على بقاء ما كان على ما كان ودفع ما يخالفه حتى يقوم دليل يثبت هذا الذى يخالفه ، وليس حجة لاثبات أمر غير ثابت ويوضح هذا ما قرره في المفقود غلى نحو ماسلف بيانه . فهذا المفقود يحكم بأنه حى باستصحاب الحال التى عرف بها حتى يقوم دليل على وفاته .

(١) انظر رد المختار على الدين المختار لابن عابدين ج ٢ ص ١٠٨

وهذا الاستصحاب الذى دل على حياته حجة تدفع عنه بها دعوى وفاته والارث منه وفسخ إجارته وطلاق زوجته على نحو ما ذكرنا ولكنه ليس حجة لاثبات ارثه من غيره لان حياته الثابتة بالاستصحاب حياة اعتبارية لا حقيقية .

المطلب التاسع

شرع من قبلنا

١ - التعريف بشرع من قبلنا :

المقصود بشرع من قبلنا الاحكام التى ورد فى القرآن أو فى السنة أن الله تعالى شرعها للامم السابقة بواسطة أنبيائه الذين أرسلهم الى تلك الامم قبل رسالة محمد عليه الصلاة والسلام كسيدنا ابراهيم وموسى وعيسى عليهم الصلاة والسلام ..

وقد بحث علماء الاصول فى شرائع الانبياء السابقين من ناحية خاصة وتساءلوا هل هذه الشرائع مشروعة بالنسبة الينا ، فيلزمنا اتباعها وتطبيقها أم انها قاصرة على الامم السابقة ؟

٢ - حجية الأحكام الواردة فى شرع من قبلنا :

إذا قص القرآن أو السنة الصحيحة حكما من الاحكام الشرعية التى شرعها الله لمن سبقنا من الامم على السنة رسلهم ونص على انها مكتوبة علينا كما كانت مكتوبة عليهم فلا خلاف فى انها شرع لنا وقانون واجب اتباعه بتقرير شرعنا لها كقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم » .

وإذا قص القرآن الكريم أو السنة الصحيحة حكما من هذه الاحكام وقام الدليل الشرعى على نسخه ورفعنا ، فلا خلاف فى انه ليس شرعا لنا بالدليل الناسخ من شرعنا مثل ما كان فى شريعة موسى من ان العاصى لا يكفر ذنبه الا أن يقتل نفسه ، ومن ان الثوب اذا اصابته نجاسة لا يطهره الا قطع

ما اصاب منه ، وغير ذلك من الاحكام التى كانت اصرا حمله الذين من قبلنا ورفع الله عنا .

وموضع الخلاف هو ما قصّه علينا الله او رسوله من احكام الشرائع السابقة ولم يرد فى شرعنا ما يدل على انه مكتوب علينا كما كتب عليهم ، او انه مرفوع عنا ومنسوخ كقوله تعالى « من أجل ذلك كتبنا على بنى اسرائيل انه من قتل نفسا بغير نفس او فساد . فى الارض فكأنما قتل الناس جميعا » وقوله « وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص » .

فقال جمهور الحنفية وبعض المالكية والشافعية انه يكون شرعا لنا وعلينا اتباعه وتطبيقه ، مادام قد قص علينا ولم يرد فى شرعنا ما ينسخه لانه من الاحكام الالهية التى شرعها الله على السنة رسله وقصّه علينا ولم يدل الدليل على نسخها فيجب على المكلفين اتباعها ، ولهذا استدلت الحنفية على قتل المسلم بالذمى وقتل الرجل بالمرأة باطلاق قوله تعالى « النفس بالنفس » .

وقال بعض العلماء : إنه لا يكون شرعا لنا لان شريعتنا ناسخة للشرائع السابقة الا اذا ورد فى شرعنا ما يقرره . والحق هو المذهب الاول ، لان شريعتنا انما نسخت من الشرائع السابقة ما يخالفها فقط ، ولان قص القرآن علينا حكما شرعيا سابقا بدون نص على نسخه هو تشريع لنا ضمنا ، لانه حكم الهى بلغه الرسول الينا ولم يدل دليل على رفعه عنا . ولان القرآن مصدق لما بين يديه من التوراة والانجيل فما لم ينسخ حكما فى أحدهما فهو مقرر له .

والواقع ان شرع من قبلنا ليس عند التحقيق دليلا مستقلا لانه لا يعمل به الا اذا ورد فى القرآن او فى السنة ولم يرد فى شرعنا ما يدل على نسخه ورفع عنا ولذلك فالمصدر الحقيقى له إما القرآن واما السنة .

المطلب العاشر

مذهب الصحابي

١ - تعريف الصحابي :

الصحابي عند جمهور الاصوليين هو : من لقي النبي ﷺ وآمن به ، ولازمه زمنا طويلا حتى صار يطلق عليه اسم الصحاب عرفا . وذلك كالخلفاء الراشدين وزوجات الرسول ﷺ وأبي هريرة وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وزيد بن ثابت وغيرهم ممن صدقوا برسالة سيدنا محمد ﷺ ولازموه وشاهدوا أفعاله وسمعوا اقواله وتخلقوا باخلاقه الكريمة . وهناك اصطلاح آخر في الصحابي لعلماء الحديث . ويوافقهم فيه بعض علماء الاصول ، وهو أن الصحابي يطلق على كل شخص رأى النبي ﷺ وآمن به سواء طالت صحبته به او لم تطل ، وعلى هذا الاصطلاح يستحق اسم الصحابي كل من آمن بالنبي ﷺ واجتمع به ولو لحظة . (١)

٢ - رأى علماء الاصول في حجية مذهب الصحابي :

بعد وفاة الرسول ﷺ تصدى لافناء المسلمين والتشريع لهم جماعة من الصحابة عرفوا بالفقه والعلم وطول ملازمة الرسول وفهم القرآن وأحكامه وقد صدرت عنهم عدة فتاوى في وقائع مختلفة ، وعنى بعض الرواة من التابعين وتابعي التابعين بروايتها وتدوينها ، حتى ان منهم من كان يدونها مع سنن الرسول . فهل هذه الفتاوى من المصادر التشريعية الملحقة بالنصوص بحيث أن المجتهد يجب عليه ان يرجع اليها قبل أن يلجأ الى القياس ؟ أو هي مجرد آراء فردية اجتهادية ليست حجة على المسلمين .

١ - انظر في مذهب الصحابي المنهاج وشرحه للبدخشي ج٣ ص ٣٦١ وانظر في رأى الشافعي شرح الجلال المحلى لجمع الجوامع ج٢ ص ٣٦١ وانظر العطار في الحاشية على جمع الجوامع ج٢ ص ٣٦ .

وخلاصة القول في هذا الموضوع ، أنه لاختلاف في أن قول الصحابي فيما لا يدرك بالرأى والعقل يكون حجة على المسلمين ، لانه لا بد ان يكون قاله عن سماع من الرسول ، كقول عائشه رضی الله عنها : لا يمكث الحمل في بطن أمه أكثر من سنتين قدر ما يتحول ظل المغزل « فمثل هذا ليس مجالا للاجتهاد والرأى . فاذا صح فمصدره السماع من الرسول وهو من السنة وان كان في ظاهر الامر من قول الصحابي .

ولاخلاف أيضا في أن الصحابي الذي لم يعرف له مخالف من الصحابة يكون حجة على المسلمين « لان اتفاقهم على حكم في واقعة مع قرب عهدهم بالرسول وعلمهم بأسرار التشريع واختلافهم في وقائع كثيرة غيرها دليل على استنادهم الى دليل قاطع . ولهذا لما اتفقوا على توريث الجدات السدس كان حكما واجبا اتباعه ، ولم يعرف فيه خلاف بين المسلمين .

وانما الخلاف في قول الصحابي الصادر عن رأيه واجتهاده . ولم تتفق عليه كلمة الصحابة . فقال ابو حنيفة ومن وافقوه : اذا لم اجد في كتاب الله ولاسنة رسوله أخذت بقول اصحابه من شئت وادع قول من شئت ثم لا اخرج عن قولهم الى غيره ، فالامام ابو حنيفة لا يرى رأى واحد معين منهم حجة فله ان يأخذ برأى من شاء منهم ولكنه لا يسوغ مخالفة آرائهم جميعا ، فهو لا يسوغ القياس في الواقعة مادام للصحابة فيها فتوى ، بل يأخذ فيها بأى قول من أقوالهم . ولعله يرى ان اختلاف الصحابة في حكم الواقعة الى قولين اجماع منهم على انه لا ثالث . واختلافهم الى ثلاثة اقوال اجماع منهم على انه لا رابع ، فالخروج عن أقوالهم جميعا خروج عن اجماعهم .

وظاهر كلام الامام الشافعى أنه لا يرى رأى واحد معين منهم حجة ويسوغ مخالفة آرائهم جميعا . والاجتهاد في استنباط رأى آخر . لانها مجموعة آراء اجتهادية فردية لغير معصومين ، وكما جاز للصحابي أن يخالف الصحابي يجوز لمن بعدهما من المجتهدين أن يخالفهما . ولهذا قال الشافعى « لا يجوز الحكم او الافتاء

الا من جهة خبر لانهم . وذلك الكتاب او السنة - او ما قاله أهل العلم لا يختلفون فيه ، او قياس على بعض هذا » .

والواقع أن الأرجح في نظري هو ما ذهب اليه الامام الشافعي لان رأى الصحابي الصادر . عن رأيه واجتهاده . والذي لم تتفق عليه كلمة الصحابة لا يعد بذاته دليلا شرعيا ومما يؤيد ذلك ان بعض المجتهدين من التابعين اجتهدوا في بعض المسائل وخالفوا أقوال او آراء بعض الصحابة ولو كان رأى الصحابي في حد ذاته دليلا شرعيا لكان حجة على المجتهدين وعلى أولئك التابعين وهناك أمثلة عديدة في كتب الفقه على مخالفات من المجتهدين من التابعين في الآراء لكبار الصحابة ومن ذلك ما يأتي :-

(أ) روى أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه وهو خليفة تحاكم الى احد قضااته وهو شريح وكان من كبار التابعين في درع له وجدها مع احد اليهودي وادعى انها ملكه ، وانكر اليهودي ذلك وقال درعى وفي يدي ، فطلب شريح من علي شاهدين يشهد ان له على دعواه فدعا مولاه قتبرا فشهد له ، ودعا ابنه الحسن فشهد له ، فقال شريح : أما شهادة مولاك فقد أجزتها لك وأما شهادة ابنك فلا اجيزها ، وكان من رأى علي جواز شهادة الابن لابييه ، فسلم علي الدرع لليهودي ، فقال اليهودي : أمير المؤمنين مشى معي الى قاضيه فقضى عليه ، فرضى به ، ثم قال لعلي صدقت ، والله انها لدرعك ، وأسلم اليهودي وكان مع علي حتى قتل في واقعة صفين .

(ب) أن عبد الله بن عباس سئل عن رجل نذر ان يذبح ابنه فأفتى بأن الواجب عليه ذبح مائة من الابل ، ولما علم بذلك مسروق - وهو من كبار التابعين - رأى أن الواجب ذبح شاة واحدة وقال : ليس ولده خيرا من اسماعيل » يشير بذلك الى قصة ابراهيم وولده اسماعيل عليهما السلام وأمر الله له بذبح شاة فداء لاسماعيل » وخالف في هذا افتاء الصحابي عبد الله بن عباس .

وروى ان ابن عباس رجع عن قوله الى قول مسروق .
من كل أولئك يبين ان رأى الصحابي الصادر عن رأيه واجتهاده ولم تتفق
عليه كلمة الصحابة لا يعد بذاته دليلا شرعيا وانما هو قول غير معصوم .

* * * *

هذه هي الادلة الشرعية العشرة ، أو مصادر القانون الاسلامى وتعتبر
الشرعية الاسلامية المصدر الاول والاساسى للقانون فى المملكة العربية
السعودية ، وتذهب بعض الدول العربية والاسلامية الاخرى الى وضع الشريعة
الاسلامية فى مركز تال للتشريع والعرف عند ترتيبها بين المصادر الرسمية للقانون
بالنسبة للمعاملات المدنية ومن بين هذه البلاد مصر أما بالنسبة لمسائل الاحوال
الشخصية فتتجه جميع الدول العربية الى تطبيق الشريعة الاسلامية على
المسلمين فيها .

المبحث الثانى : مَصَادِرُ الْقَانُونِ فِي الْأَنْظُمَةِ الْعَالِمِيَةِ الْمُخْتَلِفَةِ .

المطلب الأول

التشريع

١ - معنى التشريع :-

يقصد بالتشريع احد معنيين : الاول كل قاعدة من القانون المكتوب ،
والثانى : وضع القواعد المكتوبة عن طريق السلطة التى يعطيها نظام الدولة
اودستورها هذا الاختصاص .

غير انه يوجد بجانب المعنيين المتقدمين معنى ثالث اذ قد تطلق كلمة التشريع على نوع معين من القانون المكتوب يصدر من السلطة التشريعية بالذات وهذا هو القانون او النظام بالمعنى الضيق فقد تكون السلطة المختصة بوضع القاعدة القانونية المكتوبة هي السلطة التشريعية وقد تكون غيرها . والواقع ان هذا المعنى الضيق هو المقصود في الغالب اذ يقصد عادة وفي معظم الاحوال بالتشريع القواعد القانونية التي تسنها السلطة التشريعية في الدولة وهناك الى جانب التشريع بالمعنى الضيق تشريعات فرعية تسنها السلطة التنفيذية كاللوائح .

واذا كان التشريع هو المصدر الرسمي الاول في كثير من دول العالم ، الا ان هناك بلادا لا يزال دور التشريع فيها متواضعا ، وهي البلاد التي يسودها النظام القانوني الانجلو امريكي او ما يسمى بنظام القانون غير المكتوب (Common Law) ففي هذه البلاد تعتبر احكام القانون القضاء او السوابق القضائية (Precedent) هي المصدر الاساسي والرسمى الاول للقانون ويقوم التشريع (Statute Law) بدور ثانوى بحث ينحصر في ادخال تعديلات على ما استقر عليه القضاء او وضع الاحكام والقواعد التي لم تتعرض لها احكام القضاء ، وان كان من الملاحظ ان التشريع بدأ يكسب اهمية خاصة في الولايات المتحدة الامريكية في السنوات الاخيرة .

٢ - مزايا التشريع وعيوبه :

وللتشريع مزاياه وله عيوبه فمن مزاياه انه اداة فعالة متقدمة لوضع القواعد القانونية ، فالسلطة التشريعية تصوغ القاعدة كتابة بصورة واضحة بعد التأمل في كل كلمة من كلماتها وتقدير كافة الاحتمالات التي يمكن ان تثور عند تطبيقها ويتسنى لكل فرد ان يتعرف على مضمون القاعدة ، ويستخلص منها ماله من حقوق وما عليه من واجبات ولا يقتصر الامر على وضوح القاعدة القانونية المكتوبة الذي يؤدي الى استقرار المعاملات ويضمن الثقة المشروعة التي تولد

بمناسبتها ، بل يتحقق من سن التشريع كذلك وجود اداة فعالة لتطوير الجماعة وتحقيق وحدتها : فهو يمكن السلطة التشريعية من علاج مشاكل المجتمع بسرعة ومن ان تدخل الى الجماعة الانظمة القانونية التى ثبت نجاحها فى الخارج ، او تلك التى تتوصل اليها العقول المفكرة التى صادفت خطأ من الثقافة ، ومن هذه الناحية يدفع بالمجتمع الى التطور والتقدم ولا يترك حتى يعتقد ما يثبت نجاحه من الانظمة بعد تجربتها ولهذا صار دور التشريع فى هذا العصر الذى يتطور بسرعة كبيرة وتنتقل فيه الافكار من مجتمع الى آخر بسرعة مذهلة .

والتشريع اذ يطبق على سائر انحاء الدولة بغير تفرقة بين اقليم وآخر - يكفل وحدة القواعد القانونية فى البلد الواحد ، وهو امر يعتبر من سمات الدول المتحضرة ، ويكفل فى نفس الوقت تحقيق المساواة وهى اساس كل قانون فى الدولة الحديثة .

ولكن بالرغم من المزايا المتقدمة للتشريع فانه لا يخلو من عيوب فقد يكون غير ملائم لظروف الجماعة ، فقد ينجح نظام فى دولة ما ولكنه لا ينجح فى دولة اخرى لاختلاف البيئة والتقاليد والقيم ، وعندئذ يكتنف تطبيق قواعده مشاكل كثيرة .

٣ - سن التشريع واصداره ونشره :

متى سن التشريع واصبح واجب التنفيذ ، تعين على الناس ان ينظموا سلوكهم وفقا له ووجب على السلطتين التنفيذية والقضائية ان تطبقه كل منها فى حدود اختصاصها .

ويسرى التشريع من وقت اصداره ونشره فى الجريدة الرسمية فى الاحوال العادية ويستمر العمل به الى وقت الغائه اى الى تاريخ نشر التشريع التالى له الذى يتضمن الغاءه صراحة او ضمنا .

ومن ذلك يبين ان التشريع لا يكون نافذا بمجرد سنّه ولكن يلزم ، فوق ذلك ان تتخذ اجراءات اخرى يمكن وصفها بانها اجراءات تنفيذية ، لبدأ التزام

الناس باحكامه ، فالتشريع الذى تقره السلطة التشريعية يجب اصداره من رئيس الدولة ، كما ان كلا من القانون واللائحة يحتاج الى نشره فى الجريدة الرسمية ، حتى يفترض علم الناس به ويبدأ التزامهم باحكامه .

والاصدار عمل يقصد به تسجيل الوجود القانونى للتشريع ، بعد انتهاء مراحل التشريعية ، والاصدار يقوم به رئيس الدولة باعتباره رأس السلطة التنفيذية ، وهو يتضمن امرا الى الموظفين المختصين بتنفيذ احكامه ، نظرا لان مقتضيات التنظيم توجب ان يكون قيامهم بالتنفيذ مستندا الى امر رئيس السلطة التى يعملون فيها . كما ان اصدار القوانين شرط لامكان تطبيقها بواسطة السلطة القضائية .

اما النشر فهو اجراء لاحق للاصدار ، يقصد منه حمل التشريع الى علم افراد المجتمع حتى يلتزموا باحكامه .

٤ - سريان التشريع من حيث الزمان والمكان :

والقاعدة فى تحديد سريان التشريع من حيث الزمن هى ان التشريع الجديد يسرى على الوقائع التى تحدث فيما بين بدء العمل به وتاريخ الغائه وانه يسرى فى الحال وفى المستقبل الذى ينتهى بالغائه ، ولا يسرى فى الماضى كقاعدة عامة الا فى احوال استثنائية معينة وتسمى هذه القاعدة قاعدة عدم سريان القوانين على الماضى او مبدأ عدم رجعية التشريع او عدم استناده الى الماضى .

والاصل ان كل دولة لها السيادة التامة على جميع اقليمها ، وانها تملك تنظيم المجتمع فيها وصبغه بالصبغة التى تختارها له دون تدخل فى ذلك من الدول الاخرى وتبعا لذلك يسرى قانون كل دولة على جميع من يقلهم اقليمها من وطنيين واجانب ولكنه لا يتعدى حدود هذا الاقليم إحتراماً لسيادة الدول الاخرى وقوانينها . وهذا المعنى هو المقصود بمبدأ اقليمية القوانين او التطبيق الاقليمى للقانون .

من هنا يلاحظ ان مبدأ اقليمية تطبيق القوانين يتفق مع ارتباط سلطة

القانون بسيادة الدولة ، واعتبار القانون مظهرا من مظاهر هذه السيادة ، ولذا فمن الطبيعي ان يكون التطبيق الاقليمي للقوانين هو الاصل الا انه تبين ان اطلاق مبدأ اقليمية التطبيق قد يتعارض مع المصلحة ومع العدالة في بعض الاحوال ، فقد ظهرت الحاجة الى الخروج عن مبدأ اقليمية القوانين بالنسبة لبعض المسائل التي يقترن فيها تطبيق القانون بجنسية من طبق عليه ، فمثلا قد ترى الدولة تطبيق قوانين معينة على المتمتعين بجنسيتها فقط وقد تسمح الدولة بتطبيق القوانين الشخصية للاجانب ، في اقليمها ، تحقيقا للمصالح التي تقتضى ذلك ، واستجابة لدواعي العدالة وهو ما يسمى بالتطبيق الشخصي للقانون ، بجانب مبدأ التطبيق الاقليمي للقانون الذي يعتبر الاصل والقاعدة .

٥ - تفسير التشريع وتطبيقه :

تطبيق التشريع يقصد به معنى عام هو اجراء حكم التشريع على الحالات الواقعية التي ينطبق عليها ، وقد عرفنا انه يقتضى اولا تحصيل الحكم القانوني الذي يتضمنه التشريع وتبين الحالة النموذجية التي وضع بالنظر اليها ومعرفة عناصرها الجوهرية او اوصافها المكونة لها ، ثم التحقق من مطابقة الحالة الواقعية لتلك الحالة النموذجية ، واجراء حكم هذه على تلك ، فهذا المعنى العام يشمل تفسير التشريع كما يشمل تطبيقه بالمعنى الخاص .

والتفسير هو الاستدلال على الحكم القانوني وعلى الحالة النموذجية التي وضع لها هذا الحكم من واقع الالفاظ التي عبر بها المشرع عن ذلك . أما تطبيق التشريع بالمعنى الخاص فيأتى بعد التفسير ، وهو قياس الحالة الواقعية على الحالة النموذجية للتحقق من اتفاقها معها في عناصرها الجوهرية ، واجراء حكم الثانية على الاولى .

ولما كان تطبيق التشريع من اختصاص القاضى ، فالاصل ان القاضى هو الذى يفسر التشريع ، ويسمى ذلك تفسيرا قضائيا . كما يفسر الفقه التشريع فنكون بصدد تفسير فقهي .

وقد يذهب الفقه والقضاء في تفسير تشريع معين مذهبا يرى المشرع انه لا يتفق وما قصده من النص محل التفسير ، فيتدخل بنفسه في تفسير هذا النص بتشريع جديد .
وبذلك تكون أنواع التفسير ثلاثة : تفسير تشريعى ، وتفسير قضائى ، وتفسير فقهى .

المطلب الثاني

العرف

العرف باعتباره مصدرا رسميا للقانون هو اطراد سلوك الناس في مسألة معينة على نحو خاص بحيث تنشأ منه قاعدة قانونية غير مسنونة ، والعرف يتكون من ركنين : احدهما مادى ، والآخر معنوى .
فالركن المادى هو اطراد سلوك الناس في بعض علاقاتهم بشكل معين أو هو عادة درج عليها الناس مدة طويلة في تنظيم أمر معين بطريقة مخصوصة ، وظاهر أن العادة تقتضى التكرار لأن حدوث أمر معين مرة واحدة لا يكون عادة .
وقوام العادة التى يتكون منها الركن المادى للعرف تكرار أمر معين على وتيرة واحدة ، ويشترط فيها أن كون :

(١) عامة ،

(٢) قديمة ،

(٣) ثابتة ،

(٤) وغير مخالفة للمعقول أو للاداب العامة أو للمبادئ الاساسية التى يقوم عليها قانون البلد .

ويتحدد معنى «العموم» في القاعدة العرفية بنفس المعنى الذى سبق أن أشرنا اليه عندما تحدثنا عن العموم في القاعدة القانونية .

أما القدم فيقتضى أن تكون قد مضت مدة طويلة على اتباع القاعدة العرفية ، على أنه ليس هناك حد أدنى يجب أن تبلغه هذه المدة بل يكفى الايتذكر جيل معين نبت اول - مسلك ، والامر متروك على أية حال لتقدير القاضى ، وقد صدر قانون فى انجلترا سنة ١٢٧٥م يشترط لقدم القاعدة العرفية ان يرجع وجودها على الاقل الى سنة ١١٧٩ وهو عهد ريتشارد قلب الاسد ، ثم إطردت احكام القضاء الانجليزى على أنه يكفى ان يكون نشوء العادة سابقا على تاريخ ميلاد اى شخص مازال على قيد الحياة .

اما الثبات فمعناه ان يجرى الناس على اتباع مسلك معين دون انقطاع ، وهذا أيضا من مستلزمات الاطراد ، فاذا اتى افراد المجتمع مسلكا معينا فترة معينة ثم انقطعوا عنه فترة أخرى ، ثم رجعوا اليه ثالثة فلا يقال انهم اطرادوا على اتيان المسلك فالثبات اذن هو اتيان الغالبية العظمى مسلكا معينا بانتظام ، وهذه ايضا مسألة يقدرها قاضى الموضوع . وبديهي انه يشترط الا تخالف القاعدة العرفية النظام العام أو الاداب فى المجتمع والافقدت كقاعدة قانونية عرفية ركنا اساسيا فيها .

أما الركن المعنوى فهو اعتقاد الناس بان هذه العادة ملزمة ، أى انها واجبة الاتباع باعتبارها قاعدة قانونية لها فى انفسهم مالم يأت القواعد القانونية من حرمة وقد اصطلح الشراح على تسمية الركن المعنوى للعرف ركن الاعتقاد بلزوم العادة . وهذا الركن هو الذى يميز العادة التى تكون عرفا عن غيرها من العادات .

ومن الجدير بالذكر ان الاعتقاد بلزوم العادة يأتى بصفة تدريجية وبشكل غير محسوس ثم يزداد رسوخه تدريجيا وتذكر الزامه غالبية الناس ، والعرف هو المصدر الشعبى الاصيل الذى يتصل اتصالا مباشرا بالجماعة ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التى يعجز التشريع عن تناوؤها بسبب تشعبها أو استعصائها ولذلك ظل هذا المصدر وسيظل الى جانب

التشريع مصدرا تكميليا خصباً لا يقف انتاجه عند حدود المعاملات التجارية بل يتناول المعاملات التي تسرى في شأنها قواعد القانون المدنى وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء .

ولكن الى جوار ما يحققه العرف من مزايا فان له عيوبه ومن ذلك انه لما كان العرف قواعد غير مكتوبة فانه يثير كثيرا من المشاكل ، اذ يصعب التحقق من مضمون القاعدة العرفية ، بل ومن قيام القاعدة في حد ذاتها ، وفي أى وقت بدأت تستجمع اركانها وهذا كله لا يضمن استقرار المعاملات .

كذلك فان العرف بتكوينه البطيء لا يستطيع أن يدفع بالمجتمع الى التطور السريع ولا يصلح لمعالجة المسائل التي تحتاج الى علاج عاجل ، فضلا عن انه لا يسمح بادخال فكرة ينادى بها مصلح أو مجدد لأن العرف ينبع من واقع الجماعة ، وهذا يفوت على المجتمع فرص الاستفادة من تجارب الغير أو من الأفكار الجديدة .

واخيرا فان التكوين العرفي غالبا ما يكون محليا يقتصر على منطقة من مناطق الدولة دون غيرها ، فيؤدى الى تعدد القواعد القانونية في الوقت الذى يقتضى فيه التقدم توحيد النظام القانونى في الدولة .

المطلب الثالث

مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة

اعتبر بعض المشرعين القانون الطبيعى وقواعد العدالة من المصادر الرسمية للقانون ومبادئ القانون الطبيعى هى المبادئ التى يكشفها العقل والتى تمثل الكمال والتى يهتدى بها المشرع عند وضعه للقانون ، اما العدالة فهى القواعد التفصيلية التى تهدف الى اعطاء كل ذى حق حقه .

ومن الواضح ان التعريفين السابقين لا يتضمنان مفهوما محددا واضحا من شأنه أن يرد القاضى الى قواعد منضبطة محددة ولكنها دعوة الى القاضى الى

الاجتهاد عند عدم وجود قاعدة قانونية ليحكم في الدعوى المطروحة امامه وفقا لمقتضيات العدالة ولما يرى انه الحق .

المطلب الرابع

الفقه

الفقه هو مجموعة آراء علماء القانون الذين يعرضون بها لشرح القانون وتفسيره ونقده سواء أكان ذلك في مؤلفاتهم أو فتاويهم أو تعاليمهم .
وكان الفقه عند الرومان القدماء مصدرا رسميا ملزما للقانون يلتزم به احكام المحاكم ولكن يعتبر الفقه الآن مصدرا تفسيريا للقانون وليس مصدراً ملزماً أو رسمياً له ، فقد اقتصر دور الفقه الآن على شرح احكام القوانين ورد القواعد التفصيلية الى اصولها واقامة النظريات العامة للقانون ، كما يتولى الفقه نقد قواعد التشريع واقتراح وضع القواعد القانونية التي تسد حاجة المجتمع وتتفق مع ظروفه وتكفل تطوره ، وكثيرا مايستجيب المشرع لما يقترحه رجال الفقه في هذا الخصوص ، كما أنه في كثير من الأحوال يستجيب القضاء لشروح وآراء الفقهاء .

المطلب الخامس

القضاء

والقضاء هو مجموعة الاحكام التي تصدرها المحاكم للفصل فيما يعرض عليها من قضايا .

ومن هذه القضايا مايكون محل النزاع فيه واقعة معينة لاختلاف في حكم القانون في شأنها ، فالاحكام التي تصدر فيها لأهمية لها من ناحية القانون ، ومنها مايكون حكم القانون فيه محل خلاف ، فالاحكام التي تصدر فيه تفصل

فى هذا الخلاف القانونى وتوجد مبدأ قانونيا وهذا النوع الاخير من الأحكام هو المقصود بهذه الدراسة وتعتبر السوابق القضائية مصدراً للقانون فى بعض البلاد كإنجلترا والولايات المتحدة الأمريكية على حين تعد من المصادر التفسيرية فى البلاد الأخرى إذ لا يقوم بإنشاء القاعدة القانونية ولكنه يتولى شرحها وتفسيرها وتطبيقها فقط .

الفصل الرابع الروابط القانونية

يمكن تعريف الرابطة القانونية الفردية بأنها علاقة مادية أو معنوية تنشأ فى كنف القانون فيمنح المستفيد منها سلطة مباشرة كل الاعمال اللازمة لتحقيق المزايا التى تخولها هذه العلاقة ، ومن أمثلة ذلك رابطة الالتزام التى تربط المدين بالدين فيحميها القانون بأن يخول للدين سلطة مطالبة المدين بالوفاء بدينه ، فإذا رفض ذلك جاز للدين أن يستعين بالسلطات العامة لتمكنه من الحصول على حقوقه ، وكذلك تخول رابطة الملكية سلطة التمتع بالشئ موضوع الملكية يستأثر به دون منازع ، فلا يجوز لكائن من كان أن ينتزع الشئ أو أن يستأثر على الرغم من ماله بالانتفاع به والا أمكن المالك أن يحصل من المحاكم على حكم يمنع هذا التعرض لسلطته على ملكه .

ولا يتصور قيام الرابطة القانونية إلا بوجود اشخاص يرتبطون بها ويكون لهم التمتع بما تكفله من حقوق وعليهم القيام بما يقابلها من التزامات .

ويمكن أن نميز فى هذا الصدد بين الشخص الطبيعى وهو الفرد من جهة ، وبين الشخص المعنوى من جهة أخرى وهو عبارة عن جماعة أو منشأة تسعى لتحقيق أغراض اجتماعية أو اقتصادية ومزودة لهذا السبب بخصائص الشخصية القانونية التى تتلاءم وطريقة تنظيمها لتضمن لها تحقيق غايتها ، ففى الجماعات أولئك المنشآت يندمج الأفراد الذين تتكون منهم فى كائن معنوى يصبح بفعل

هذا الاندماج - من الناحية القانونية - في نفس مركز الشخص الطبيعي .
وحاصل ما تقدم ان الشخصية ليست وقفا على الانسان بل دفعت
الضرورات الاجتماعية المعاصرة الحكومات الى منحها لغير الانسان من
مجموعات الاشخاص أو الأموال كالجمعيات والمؤسسات ، وقد جرى الفقه على
تسمية شخصية الانسان بالشخصية الطبيعية والشخصية التي تمنح لمجموعات
الأشخاص ، أو الأموال بالشخصية الاعتبارية أو المعنوية على اعتبار ان
الشخصية تمنح في الحالة الأولى لكائن طبيعي هو الانسان ، وانها هي الصورة
العادية للشخصية ، وفي الحالة الثانية تسمى الشخصية المعنوية أى التي تمنح
لكائن معنوى أو اعتبارى من خلق القانون .

المبحث الأول : الشخص الطبيعي

يعتبر الانسان بمجرد وجوده شخصا له بوصفه هذا مكتبة اكتساب الحقوق
وتحمل الالتزامات عن طريق الارتباط بمختلف الروابط القانونية . والافكار
الاجتماعية والسياسية الحديثة التي تقوم على تساوى الافراد في القيمة بصرف
النظر عن مقدار ثروتهم أو نوع حرفتهم ، لا تسمح بان يميز بعض الافراد عن
البعض الآخر في منح الشخصية القانونية إذ أن التسليم لجميع الافراد في جميع
الدول بالحريات والحقوق العامة تفترض التسليم لهم بحد أدنى من الحقوق ،
يجعل لهم جميعا - بلاميز - الشخصية القانونية .

ولكن الأمر لم يكن كذلك في كل العصور ، إذ كان الرق قبل تحريره معدما
لشخصية وكذلك الموت المدني الذى كان يلحق ببعض المحكوم عليهم وفقا
لاحكام القانون الفرنسى فيسلبهم جانبا كبيرا من شخصيتهم ، فالموت المدني
كان يفقد المحكوم عليه ملكية سائر امواله ويحرمه من أى نوع من انواع
التصرفات ، ويصبح غير أهل لأن يكون وصيا أو شاهدا أو متقاضيا كما يستحيل

عليه أن يعقد زواجا صحيحا .

ومن ذلك أن الشخصية كانت تختفى تماما بالموت المدني مع بقاء الشخص حيا ، إلا أن هذه العقوبة قد الغيت بمقتضى قانون ٣١ مايو سنة ١٨٥٤ .
ويوجد في العصر الحديث اشخاص محرومون من بعض حقوقهم لأسباب مختلفة ، وهم الذين يعبر عنهم بناقضى الأهلية ، وفي هذه الادلة ظاهرة على ان الشخصية الكاملة غير محدودة بمدى الحياة البشرية .

كذلك يلاحظ ان القوانين الحديثة لم تزل بعد كل أثر للتمييز بين الافراد في شخصياتهم القانونية ، كنتيجة لاعتبار بعض العوامل السياسية أو الاجتماعية فما زالت الجنسية اساسا لاكتساب بعض الحقوق كالحقوق السياسية ، فهي حقوق - كما قلنا - للوطنيين وحدهم ، كما أن الجنس (الذكورة أو الانوثة) يؤثر بدوره على الشخصية القانونية فالمرأة في القانون الاسلامي تختلف في بعض الحقوق عن الرجل الذى يكون له في الميراث مثل الاثنين ، كما ان الرجل يملك حق الطلاق دونها .

ولكن يلاحظ أن أثر هذه العوامل على الشخصية القانونية ، لا يمكن أن يصل الى حد عدمها ، وزوالها ، بل يقتصر على تحديد نطاقها وعلى تحديد مدى الحقوق التى تؤهل الشخصية لاكتسابها ، ولذلك فان هذا التحديد لا يؤثر على الشخصية .

وللإنسان أصلا القدرة على مباشرة السلطات التى تخولها له حقوقه ، وتنفيذ الواجبات التى تفرضها عليه التزاماته ، سواء بنفسه أو عن طريق من يقيمه القانون في ذلك مقامه ، أى يفترض أن له إرادة ولكن قد لاتتوافر هذه الإرادة للإنسان في واقع الأمر ، كما لو كان صغيرا أو مجنونا ، وهنا يقيم القانون من يتولى نيابة عنه ممارسة الصلاحيات التى تخولها حقوقه وإداء التزاماته .

من كل أولئك يبين ان نطاق الشخصية القانونية ليس واحدا لدى كل الافراد ، بل يختلف من فرد لآخر لما له من مركز خاص سياسى أو اجتماعى ،

يؤدى الى منحه بعض الحقوق أو حرمانه من بعضها وهو يقتضى منا دراسة عوامل هذا الاختلاف الذى يقوم على اختلاف (الحالة) السياسية أو المدنية لكل فرد .
ولكن قبل التطرق الى دراسة (الحالة) ينبغى أن نعرض الى دراسة بدء الشخصية وانقضائها وتعيينها .

المطلب الأول

بدء الشخصية القانونية للشخص الطبيعى وانقضائها

اختلف أئمة المسلمين فى تحديد بدء الشخصية القانونية للانسان الطبيعى بالولادة فالراجح فى مذهب الامام ابي حنيفة انه يكفى لثبوت شخصية المولود بخروج اكثره حيا ولا يشترط انفصاله تماما عن امه ، فلو مات بعد خروج اكثره ثبتت له الشخصية ، ولكن الراجح فى مذاهب الأئمة الثلاثة الشافعى ومالك وابن حنبل اشتراط تمام الولادة وانفصال المولود عن امه حيا ، وهذا ما أخذت به بعض قوانين البلاد العربية كمصر .

ولكن ليس معنى هذا أنه لا يعترف للانسان قبل ولادته باى حقوق ، فمن الحقوق التى يعترف بها للجنين ، حقه فى ان يوقف له من تركه من يستحق منه الارث فيما لو ولد حيا أو فر النصيين على أنه ذكر أو أنثى ، وحقه فى أن يتلقى الأعيان أو منافعها بالوصية .

ويتضح من منح الجنين هذه الحقوق ، ان له شخصية قانونية ، ولكنها شخصية محصورة فى حدود ضيقة ، ذلك انها مقصورة على كسب الحقوق التى لا تحتاج فى نشوئها الى قبول من جانب مكتسبها كالميراث او الوصية أو الانتفاع باشتراط عقد الغير لمصلحته .

ومن هذا يبين انه يشترط لاكتساب الجنين هذه الشخصية القانونية المحدودة ان يولد الجنين بعد ذلك حيا ، ولا يكون لهذه الشخصية من أثر الا بالنسبة لعدد محدود من الحقوق كحقه فى الارث وفى ان يكون موصى له أو ان يكون منتفعا من

الاشتراط لمصلحته من الغير .

وتنتهى شخصية الانسان بوفاته اى بوقوع الموت الطبيعى المنهى للحياة ،
تميزا له عن الموت المدنى الذى كانت تنهى به الشخصية القانونية للانسان مع
استمراره حيا وهو ماكانت تأخذ به بعض الانظمة القانونية القديمة فى العالم
الغربى وخاصة فى فرنسا عندما كان الموت المدنى يوقع كعقوبة على بعض
الجرائم .

وقد زالت هذه العقوبة نهائيا فى البلاد التى كانت تأخذ بها على نحو ماسبق
أن أشرنا إليه .

هذا ومن الجدير بالذكر ايضا انه يمكن أن يتصور انتهاء الشخصية القانونية
للانسان فى العصر الحديث دون أن يقوم اليقين بانتهاء حياته بالموت الطبيعى
وذلك فيما اذا حكم باعتبار المفقود ميتا فقد يصدر هذا الحكم من القضاء قبل
حدوث الموت الطبيعى فعلا .

المطلب الثانى

كيفية تعيين الشخصية

يتم تعيين الشخص بالاسم الذى يطلق عليه ويعرف به ، كما يتم تعيينه
بالمكان الذى يقيم فيه عادة حيث يمكن ان يوجه اليه الخطاب فيه من الآخرين
فما يتصل بشؤونه القانونية وهو ما يطلق عليه موطن الشخص .
واذا كان الاسم هو العامل الاساسى فى تمييز الشخص عن الآخرين فان
الموطن يعتبر عاملا مساعدا وثانويا فى تحديد الشخص وتمييزه وقد يكون لشخص
ما موطن اصلى يخاطب فيه فى كل شؤونه القانونية ، الى جوار موطن أو اكثر يتم
اتخاذهم لبعض اعماله وبهذا يتضح الفرق بين الموطن الاصلى الذى يكون
الموطن العام للشخص ، والموطن المختار لبعض اعماله القانونية .

المطلب الثالث

عناصر تحديد نطاق الشخصية القانونية

يتحدد نطاق الشخصية القانونية للانسان بعناصر تتعلق بحالته السياسية أو بجنسيته ، وبحالته المدنية واثائه لاسرة معينة ، وكذلك يتحدد نطاق شخصيته باهليته القانونية .

والجنسية هى اثناء الشخص الى دولة معينة إذ لكل دولة فى العصر الحديث جنسية تمنحها للأفراد الذين يكونون شعبا وهى رابطة قانونية بين الشخص والدولة اساسها خضوعه لسيادتها وسيطرتها وارتباطه روحيا ومعنويا بالجماعة التى تعيش فى اقليم الدولة ، وهى لاتقوم على مجرد الاقامة فى اقليم الدولة بل تظل الجنسية للشخص ولو ترك اقليم الدولة التى ينتمى اليها بجنسيته لفترة طويلة اوقصيرة .

وقد تمنح الجنسية بحق الدم لمن يولد لابيوين من رعاياها وقد تمنح هذه الجنسية لكل من يولد على اقليم الدولة بصرف النظر عن جنسية والديه ويسمى عندئذ اساس الجنسية حق الاقليم .

والاتجاه الغالب فى الدول المكتظة بالسكان والتى تعتبر مصدرة للسكان ان تأخذ بحق الدم اما البلاد قليلة السكان والتى تعتبر دولا مستوردة للسكان فانها تأخذ فى الغالب بحق الاقليم .

ولما كانت الجنسية تحدد الحالة السياسية للشخص فهى تؤثر على نطاق شخصيته أو أهليّة وجوبه ، ذلك ان التشريعات الحديثة بوجه عام مازالت تفرق بين حقوق الوطنى وحقوق الاجنبى ، كما كانت القوانين القديمة تحرم الاجانب من اغلب حقوق الوطنيين .

وغنى عن البيان ان الحقوق السياسية التى تمنح للأفراد ليستطيعوا المشاركة فى اقامة النظام السياسى لجماعتهم ، مقصورة على الوطنيين ، فليس للاجانب حق للانتخاب والترشيح أو تولى الوظائف العامة أو الخدمة فى الجيش ، كما أن هذه

الحقوق قد تحرم على الوطنيين المتجنسين لمدة معينة .
وإلى جانب تحديد نطاق الشخصية القانونية للشخص بحالته السياسية
أوجنسيته فإن نطاق شخصيته يتحدد كذلك بحالته المدنية .
ويحدد الحالة المدنية للشخص وبالتالي يحدد اهلية وجوبه ، انتهائه إلى أسرة
معينة ومركزه في أسرته وكذلك جنسه أى كونه ذكرا أو أنثى ، كما يدخل في
تحديد لها أيضا الدين الذى يعتنقه .

وأخيرا تحدد الاهلية نطاق الشخصية القانونية .
وقد تعنى الاهلية « اهلية الوجوب » صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق
والالتزام بالواجبات ، كما قد تعنى الأهلية « أهلية الاداء » ، فمن المعروف ان
ممارسة بعض السلطات التى تخولها الحقوق تقتضى توافر قدر معين من التمييز
والادراك يشترطه القانون لهذه الممارسة أو الاستعمال للحقوق ، أى توافر الإرادة
القانونية ، وهذا ينقلنا إلى دراسة اهلية الاداء .

فمن المعروف ان الانسان يمر منذ ولادته إلى وفاته بمراحل ثلاث يحدد
القانون بداية كل منها ونهايتها بسن معين ، ويجعل له في كل منها اهلية اداء
تختلف عن اهليته في فترة أخرى ، هذه المراحل هى :

١ - من وقت الولادة إلى سن السابعة (التى تسمى سن التمييز) وهى
مرحلة انعدام الاهلية .

٢ - من سن السابعة إلى بلوغ الحلم أو بلوغ سن الرشد ، وهى مرحلة
نقص الاهلية وفقا لاحكام الشريعة الاسلامية .

٣ - من بلوغ سن الحلم أو بلوغ سن الرشد إلى الوفاة وهى مرحلة كمال
الاهلية .

وبلوغ الحلم أو سن الرشد مرحلة يفترض القانون عندها كمال الاهلية لدى
الانسان وفيها يكون قادرا على أن يباشر كل انواع التصرفات القانونية من
نافعة وضارة ومتردة بين النفع والضرر .

وكمال الأهلية ببلوغ السن يحصل بقوة القانون ولا يحتاج إلى قرار بذلك من

أى سلطة ولكن هذا لايعنى ان كل من يبلغ هذه المرحلة يتمتع فعلا بالاهلية الكاملة ، فقد يكون الشخص قد بلغ هذه السن مصابا بجنون أو عاهة في العقل يترتب عليها حرمانه من أهلية الاداء وعوارض الاهلية هى بوجه عام الجنون والعته والسفه والغفلة .

ويلحق المجنون فى الحكم بالطفل غير المميز ، فاهلية الاداء عنده معدومة ويأشر عنه القيم فى نفس الحدود التى يباشر فيها الوصى اهلية الاداء عن الصبى غير المميز .

أما المعتوه فيلحق بالمجنون اذا كان فاقد التمييز ، ويأخذ حكم الصبى المميز اذا كان متوافرا على قسط من التمييز ، فيستطيع ان يباشر بنفسه اعمال الاغتناء النافعة نفعا محضا .

اما السفهيه وهو المبذر فى امواله على خلاف مقتضى العقل فانه يستطيع ان يفتنى ولكن اعمال الادارة والتصرف يباشرها عنه قيم تعينه المحكمة ويخضع لرقابتها ، هذا ما لم تأذنه المحكمة فى تسلم امواله لادارتها فتسرى عليه عندئذ الاحكام التى تسرى فى شأن القاصر المأذون .

ويلحق بالسفيه فى الحكم ذو الغفلة - وهو الذى يغبن فى المعاملات - فهو ايضا ناقص اهلية الاداء على النحو المتقدم .

المبحث الثانى : الأشخاص الاعتبارية والمعنوية

تقوم فى المجتمعات الحديثة حاجات عملية تدعو الى منح بعض مجموعات من الاشخاص أو من الأموال القدرة على أن يكون لها ، باعتبارها مجموعات مستقلة عن الأشخاص المكونين لها أو من يديرونها من الأفراد ، حقوق وان تكون عليها التزامات وهو ما يقتضى منحها الشخصية القانونية .

ولكن منح القانون الشخصية لغير الشخص الطبيعى يجب ان يبقى دائما فى

حدود الضرورة ، وكل ضرورة تقدر بقدرها .
وإذا كانت شخصية الانسان تبدأ بولادته وبلاشروط أخرى في كل
التشريعات الحديثة فان الأمر ليس كذلك بالنسبة للشخص الاعتباري ، وانما
تردد التشريعات في تحديد بداية الشخصية الاعتبارية بين طريقتين طريقة
الاعتراف العام وطريقة الاعتراف الخاص .

ويكون الاعتراف عاما بالشخصية القانونية لمجموعات الاشخاص أو
الأموال إذا كان القانون يقتصر على تحديد الشروط التي يجب أن تتوافر في
مجموعات الأموال أو الاشخاص لتكون الشخصية القانونية فإذا ما تكونت
مستكملة هذه الشروط ، ثبت لها الشخصية القانونية دون حاجة الى تدخل من
سلطات الدولة لاصدار قرار خاص بمنح هذه الشخصية .

اما الاعتراف الخاص بالشخصية القانونية فيتحقق اذا كان من الضروري
فضلا عن استكمال الشروط التي يتطلبها القانون أن تتدخل الدولة ممثلة في
احدى سلطاتها لتصدر قرارا خاصا بمنح هذه الشخصية وتبدأ الشخصية في هذه
الحالة من تاريخ هذا القرار .

ويكون للشخص المعنوي اسم يعين به ، وموطن يعتبر مكانا لوجوده ويخاطب
فيه بشأن أعماله القانونية ، كالشخص الطبيعي .
وتنتهى الشخصية الاعتبارية بحلها أو انقضائها ولكل نوع منها اسباب
خاصة للانقضاء ، أو الزوال ، تحددها قوانين الدولة .

المطلب الأول

أنواع الأشخاص المعنوية أو الاعتبارية

تبدو الاشخاص الاعتبارية أو المعنوية في مظهرها اكثر تعقيدا من
الاشخاص الطبيعية فهي تختلف فيما بينها ولا تتميز اطلاقا - لافيا يتعلق بتنظيمها
ولا فيما يختص بمنشئها - بتلك الوحدة التي تتميز بها الاشخاص الطبيعية ، ولكي

نستطيع أن نفهم بوضوح فكرة الشخصية المعنوية نعرض فيما يلي للإشارة إلى تقسيم الأشخاص المعنوية إلى نوعين وهما :

أولاً : الأشخاص المعنوية العامة .

ثانياً : الأشخاص المعنوية الخاصة .

١ - الأشخاص المعنوية العامة :

هذه الأشخاص مصدر السلطة العامة وبرز أمثلتها الدولة ، وهذه الأشخاص أموال خاصة مخصصة للمنفعة العامة ، وعلاوة على ذلك تتميز الدولة وغيرها من الأشخاص المعنوية الإقليمية بأقليم قانوني محدد لها فيه اختصاص شامل بتنظيم المرافق العامة التي يفيد منها جميع سكان هذا الإقليم دون تمييز بينهم . وبهذه الخاصة تتميز الأشخاص الإقليمية العامة عن المنشآت العامة أو المؤسسات العامة التي تشرف على خدمات معتبرة فنية ولا ترتبط عادة بإداء خدماتها في جزء محدد من إقليم الدولة .

٢ - الأشخاص المعنوية الخاصة :

في مواجهة الأشخاص المعنوية العامة توجد الأشخاص المعنوية الخاصة التي تتميز بظاهرة أساسية هي كونها غريبة عن فكرة الخدمة العامة أو المرفق العام . وهذا بالطبع لا يمنعها من أن ترمى إلى تحقيق منفعة عامة ، ولكنها تصدر بالرغم من ذلك عن رغبة فردية محضة ، ومن أمثلتها الشركات والجمعيات .

المطلب الثاني

تحديد نطاق الشخصية المعنوية أو الاعتبارية

على خلاف الشخصية الطبيعية فإن اهلية وجوب الشخص الاعتباري تنحصر في حدود الغرض الذي انشئ من أجله فتكون له صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات المالية التي تعينه على تحقيق هذا الغرض وتكون له ذمة مالية في حدود معينة وأطار يحدد تحديدنا نطاق الشخصية الاعتبارية ويتصل بتحديد نطاق الشخصية المعنوية بحث اكتساب الشخص المعنوي للجنسية .

وأثر طبيعته على حقوقه والاحكام الخاصة بدمته المالية^(١) .

ويختلف الفقهاء حول التسليم بثبوت الجنسية للشخص الاعتبارى وينتهى فريق منهم الى رفض القول بوجود جنسية له ، ولكن البعض يرى مع ذلك ان الشخص الاعتبارى لابد ان تربطه بقانون دولة معينة رابطة تحدد خضوعه سياسيا لدولة معينة والتزامه بنظامها القانونى .

ومن الجدير بالذكر ان بعض مشرعى الدول العربية قد تبنى وجهة النظر الثانية فخلع على الشخصية الاعتبارية جنسية الدولة واضفى عليها مظلة حماية الدولة مع خضوعها لنظامه القانونى والسياسى .

وسنرى فيما بعد ان المشرع فى المملكة العربية السعودية وضع قواعد خاصة بتمتع الشركات بجنسية الدولة ، وحدد الحقوق التى تترتب على اكتساب الشركة لجنسية الدولة .

كذلك يتمتع الشخص الاعتبارى بذمة مالية مستقلة عن ذمم الاشخاص المكونين له والقائمين عليه ، وهذه الذمة المالية هى احدى الآثار التى تترتب على الاعتراف له بالشخصية القانونية .

المطلب الثالث

طبيعة وخصائص الشخصية الاعتبارية والمعنوية

ثار الجدل طويلا فى الفقه والقضاء حول طبيعة الشخصية المعنوية بصفة عامة ، فذهب البعض الى أن الشخصية الاعتبارية ليست الا مجازا قانونيا^(٢) ورأى آخرون ان الشخصية المعنوية حقيقة قانونية كما ذهب آخرون الى نفى فكرة الشخصية المعنوية بدعوى أن الشخص المعنوى ليس الا « ملكية

١ - انظر من سامى مذكور نظرية الحق المرجع السابق ص ١٣٩ وانظر كذلك د . جميل الشراوى دروس فى أصول القانون سنة ١٩٧٢م ص ٢٨٠ وابعدها وانظر حسن كيره المرجع السابق ص ٨٨٦ .

٢ - انظر من سامى مذكور المرجع السابق .

مشتركة » أو بأنه يمكن التوصل الى نتائج هذه الفكرة بالأخذ بنظرية الذمة المخصصة لغرض معين .

وقد اتجه الفقه في القرن التاسع عشر بصفة عامة الى أن الشخصية المعنوية أو الاعتبارية منحة أو هبة تقدمها الدولة في احوال محددة فهي ليست شخصية حقيقية بل هي افتراض من القانون لأن الاشخاص الطبيعيين هم وحدهم الذين لهم الشخصية القانونية فالشخص الطبيعي هو الذي تكون له (الارادة) حتى تكون له اهلية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ولان الحق عند انصار هذه النظرية قوة أو سلطة ارادية يمنحها القانون الى ارادة مدركة ولا ارادة لغير الانسان .

وينبنى على هذه النظرية النتائج الآتية :

- ١ - ان القانون وحده هو الذي يمنح الشخصية المعنوية لأنها من صنعه وله ان يسحب هذه الشخصية كما ان له حق رفض منحها ، ويكون للمشرع سلطة مطلقة على الاشخاص المعنوية هي نوع من حق منح الحياة أو تقرير الفناء .
- ٢ - ان الشخصية المعنوية لا تتجاوز حدود البلد الذي أنشئت فيه .
- ٣ - انه مادام الشخص المعنوي إفتراضاً فان مسؤوليته الجنائية تنتفى لان هذه المسؤولية - فيما عدا المخالفات - تتطلب قصداً جنائياً يفترض وجود ارادة يكون محلا لها لا ارادة مجازية ك ارادة الشخص المعنوى ، كما تنتفى - وفقاً لهذه النظرية - مسؤولية الشخص المعنوى المدنية لانها تستلزم عنصراً شخصياً ارادياً .

وقد افترقت هذه النظرية على اساس ان الشخصية القانونية لدى الشخص الطبيعي لا تستند دائماً الى الادراك والتمييز ، فعديم الاهلية والتمييز شخص قانوني وانما تستند الشخصية القانونية الى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات ، كما انه لا يمكن القول ان الدولة - وهي شخص معنوى - مجرد افتراض قانوني اذ لا يتفق ذلك مع فكرة السيادة ولا يمكن ان تتصور ان تمنح الدولة نفسها الشخصية الاعتبارية قبل ان تكتمل عناصرها .

لذلك هجر الفقه منذ اواخر القرن التاسع عشر نظرية الافتراض القانوني ورأى الشخصية المعنوية حقيقة قانونية مجردة ، ولكن انصار هذه النظريات اختلفوا في تحليلهم الموضوعي لطبيعة الشخصية المعنوية فمنهم من رأى ان العنصر المكون للشخصية المعنوية هو الارادة الجماعية ومنهم من نظر الى الشخصية المعنوية على انها « حقيقة اجتماعية » ومنهم من ذهب إلى أن العنصر الاساسى في حقيقة الشخصية المعنوية هو « المصلحة المشتركة » التى يحميها القانون وعلى هذا الاساس اعتبرت الشخصية المعنوية عند هؤلاء حقيقة فنية محضة . . .

كذلك اتجهت بعض النظريات الى الاصرار على اعتبار الانسان وحده محلا للحقوق وانه لاجابة الى الالتجاء الى فكرة الشخصية المعنوية ، فرأى بعض انصار هذا الاتجاه مثل بلانيول انه يمكن الاستغناء عن فكرة الشخصية المعنوية بفكرة « الملكية الجماعية أوالمشتركة » ورأى آخرون انه ليس من الضروري لوجود الحقوق من وجود اصحاب لها اذ يصح ان يكون هناك مال بغير مالك يخصص لغرض معين فيقوم هذا التخصيص مقام المالك ويكون « ذمة مالية مخصصة » . وأخيرا يتجه جانب من الفقه الحديث الى اعتبار الشخصية المعنوية مجرد اجراء قانونى أو وسيلة لخدمة غرض معين .

ومن استعاضر هذه النظريات يلاحظ ان نظرية الافتراض القانونى ، انما تلائم العصور التى يشهد فيها ساعد السلطة العامة وقد سادت هذه النظرية في عهد الملكية المطلقة في فرنسا ومن قبل في عهد الامبراطورية الرومانية ، اما نظريات الحقيقة الاجتماعية فهى وليدة مذاهب الحريات الشخصية التى هدفت الى سلب السلطة العامة كل سيطرة على انشاء الاشخاص المعنوية ورقابتها ولذلك راجت هذه النظريات ابتداء من النصف الاخير من القرن التاسع عشر واصبحت الشخصية المعنوية لائتمنح وانما تنشأ ويعترف بها القانون للجماعات التى تتكون باتباع بعض الاجراءات المحددة سلفا ، اما نظرية الملكية المشتركة فقد ظهرت نتيجة للمذاهب الاشتراكية في القانون كرد فعل مضاد للمذاهب

الفردية ويقصد اعلاء شأن المصالح المشتركة دون اضعاف السلطة العامة الذي تودى اليه نظريات الحقيقة ودون تحويل السلطة العامة السيطرة التامة على تلك المصالح المشتركة وهو ما تودى اليه نظرية الافتراض القانونى على نحو ما ذكرنا . على أية حال فهناك تطور واتجاه فى الفكر القانونى للأشخاص المعنوية يميل الى ابراز ذاتيتها واختلافها عن الأشخاص الطبيعيين اذ لا يمكن ان يكون للأشخاص المعنوية خصائص الأشخاص الطبيعيين وانه اذ كانت الأشخاص المعنوية حقيقة فان حقيقتها ليست بنفس طبيعة الأشخاص الطبيعيين وهم الافراد .

ويرى بعض كتاب هذا الاتجاه الجديد ان هذا التطور يفسر باجماع العناصر الصحيحة التى تتضمنها النظريتان المتعارضتان فى طبيعة الشخصية المعنوية وهما نظرية الافتراض القانونى ، نظرية الحقيقة الفنية .

والواقع ان النظرية السائدة فى الفقه حتى الآن هى نظرية الحقيقة المؤسسه على أن حقيقة الشخص المعنوى فى وجود (المصلحة المشتركة) التى تستلزم شرعيتها الحماية القانونية ، وتتميز الشخصية المعنوية او الاعتبارية عن الشخصية الطبيعية بخصائص نلخصها فيما يلى :

الخاصة الاولى : المصلحة المشتركة .

أن أهم ما يميز الشخصية المعنوية عن الشخصية الطبيعية ويستدعى فى نفس الوقت الاعتراف بالأولى كفكرة علمية وكضرورة عملية ، ليس شيئا آخر سوى وجود مصالح مشتركة فى المجتمع لا سبيل الى نكرانها .

الخاصة الثانية : تنظيم جهود الجماعة لتحقيق غرض معين :

بيّنا أن الشخصية المعنوية تستند الى مصلحة مشتركة معنوية أو مادية لا طاقة للأفراد منعزلين بتحمل عبئها ، وهو ما يستدعى اجتماعهم للتكاتف على تحقيق الغرض المنشود ، وذلك يستتبع حتما استحالة قيام شخص معنوى الا على أساس نظام مفصل تتمثل فيه قدرته على العمل .

فالتنظيم القانوني هو - بالنسبة للشخص المعنوي - بمثابة الجسم وأعضائه من الانسان فالقانون يرفض أن يعترف للجماعات غير المنظمة بالشخصية القانونية ، ويعتبرها في حكم المدومة ، لا لشيء سوى انه ليس لها من الحياة الا مظاهرها لنقص الاعضاء اللازمة للحياة ، فهو لذلك لا يعترف بقدرة هذه الجماعات على مباشرة التصرفات القانونية .

الخاصة الثالثة : الشعور بالمصلحة المشتركة وبالفرض المنشود .

ليست الأشخاص المعنوية الا مظاهراً أو مجرد آلات تحركها ارادة بشرية فهي مزودة بحياة داخلية شأنها في ذلك شأن الاشخاص الطبيعية ، ويرجع الشراح هذه الحياة الداخلية الى (اواضة مشتركة) أى ارادة معتبرة من الناحية الاجتماعية كإرادة الجماعة .

أما نحن فنعتبر عنها بالشعور بالمصلحة المشتركة وبالفرض المنشود ، فمن الواضح انه لا يمكن تصور الشخصية المعنوية الا اذا كان لدى اعضائها أو هيئاتها فكرة جلية عن سبب وجود الجماعة أو المؤسسة .

والواقع أنه بمجرد وجود الشخص المعنوي يتمتع عادة بمثل اهلية الشخص الطبيعي فله اهلية اكتساب كل الحقوق الا تلك التي تتناقى مع طبيعته (كحق الميراث الشرعى المبني على صلة للقرابة) أو التي يحرم القانون عليه اكتسابها . ونظراً لما للاشخاص الاعتبارية من أثر ظاهر في توجيه نشاط الدولة حرص المشرع على أن يمكن للسلطات من رقابتها ، وجعل للقضاء اتخاذ ما يلزم من قرارات في هذا الشأن .

- وإذا كان تحليل الشخصية المعنوية قد أسفر على الوجه المتقدم عن استخلاص عدد معين من العناصر المكونة للشخصية المعنوية فهو لا يؤدي الى وحدة النظر القانوني للشخصية المعنوية ، إذ أنه لا توجد شخصية معنوية موحدة وإنما اشخاص معنوية فليس هناك نموذج أو قالب موحد للشخص المعنوي ، وإذا كانت الشخصية المعنوية تتولد من امتزاج عناصر مختلفة على ما بيننا ، فإن هذا المزيج يمكن أن يتشكل في أشكال مختلفة ، ومن ذلك ان عنصر (سلطة الدولة

فى الاعتراف بالشخصية المعنوية (ىمكن ان ىختلف فى الجمعيات عنه فى الشركات مما ىدل على نسبة فكرة الشخصية المعنوية فأهمية بعض العناصر تقل أو تزداد بحسب القالب أو النموذج الذى ىتشكل فى الشخص المعنوى ، والاهمية التى تكون لعنصر دون آخر تجعل لشخص معنوى بذاته صفات خاصة .

المبحث الثالث : محل الروابط القانونية

يعتبر التمييز بين الحق العينى والحق الشخصى من أهم النظريات الأساسية التى ىستند إليها علم القانون ، لذلك كان حتماً علينا أن نتعرض لهذه النظرية بالدرس والتمحيص .

ودراسة نظرية الحق تقتضيها التعرض لبحث الموضوعات الآتية :
أولاً : ما هى المميزات الأساسية لكل من الحق العينى والحق الشخصى ؟
وبتحديد هذه المميزات ىمكننا ان نضع تعريفاً يضم الخصائص الرئيسة للحقوق العينية .

ثانياً : ما هى الحقوق العينية ؟ وبتعداد هذه الحقوق نتطرق الى التفرقة بين الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية .

المطلب الأول

الحقوق العينية والحقوق الشخصية فى كل

من الفقه الاسلامى والفقه الغربى

الحق ، فى الفقه الغربى الذى ىرتد فى مصدره الى القانون الرومانى أما

شخصى أو عينى فالحق الشخصى أو الالتزام هو رابطة بين شخصين أحدهما دائن والآخر مدين ، بمقتضاها يطالب الدائن المدين باعطاء شئ ، أو القيام بعمل ، أو الامتناع عن عمل . والحق العينى هو سلطة يمنحها القانون لشخص على شئ معين بالذات .

والحق الشخصى أو الالتزام تعبير وارد من الفقه الغربى ، فالفقه الاسلامى لا يرد فيه عادة هذا الاصطلاح ويرجع ذلك الى أن الحق الشخصى أو الالتزام يشتمل فى الفقه الاسلامى على عدة روابط قانونية متميزة بعضها عن بعض ، ولم يحاول علماء الفقه الاسلامى أن يدمجوا هذه الروابط فى وحدة تنظمها جميعا فيعبروا عنها بالحق الشخصى أو الالتزام كاصلاح عام يشملها جميعا .

ويستعمل فقهاء الشرع الاسلامى فى بعض الحالات لفظ (الحق) ويريدون به جميع الحقوق المالية وغير المالية ، فيقولون حق الله وحق العبد ، ويستعملون لفظ (الحقوق) ويريدون به فى حالات معينة حقوق الارتفاق ، وفى حالات اخرى ما ينشأ عن العقد من التزامات غير الالتزام الذى يعتبر حكم العقد ، فعقد البيع حكمه نقل ملكية المبيع ، وحقوقه تسليم العين المبيعة وسداد الثمن .

وإذا اردنا ان نضع اصطلاحا فقها يقابل الالتزام بالمعنى المعروف فى الفقه الغربى وجب أن نستعمل اصطلاحى (الالتزام) و (الضمان) ومع ذلك لا نكون قد احطنا بجميع الالتزامات التى تنشأ عن المصادر المختلفة ، لذلك فنستعمل اصطلاح (الالتزام) بمعناه المعروف فى الفقه الغربى وذلك دون أن نخل بالمفاهيم الموضوعية التى حرص عليها الفقهاء المسلمون^(١) .

(١) انظر محاضرات الاستاذ الشيخ على الخفيف لقسم الدكتوراه بكلية الحقوق سنة ١٩٤٥ م عن « الحق والذمة وتأثير الموت فيها » ، وأنظر كذلك الدكتور عبد الرزاق السنهورى فى « مصادر الحق فى الفقه الاسلامى » الجزء الأول ١٩٥٤ م ص ١٤ وما بعدها وأيضا مصطفى الزرقا فى « الفقه الاسلامى فى ثوبه الجديد » دمشق عام ١٩٤٥ م ص ٦٠ وما بعدها . وكذلك د . شفيق شحاته « نظرية الالتزامات فى الشريعة الاسلامية » ص ١٩٧ وما بعدها .

ويشتمل الالتزام على عدة روابط تتميز عن بعضها في الفقه الاسلامي .
ويمكن تقسيم هذه الروابط الى اربعة هي :

(١) الالتزام بالدين .

(٢) الالتزام بالعين .

(٣) الالتزام بالعمل .

(٤) الالتزام بالتوثيق .

- والالتزام بالدين ، هو التزام موضوعه مبلغ من النقود أو كمية من الاشياء
المتنلية وقد عرف صاحب (مرشد الحيران) الدين بأنه ما وجب في ذمة المديون
بعقد استهلاك مال أو ضمان غصب (م ١٦٨) .

والواقع ان مصادر الدين تتجاوز ما ذكره (مرشد الحيران) . فهي العقد ،
والارادة المنفردة والعمل ، غير المشروع والإثراء بلا سبب من الشرع .
أما الالتزام بالعين فهو التزام محله عين معينة بالذات لتمليكها أو تملك
منفعتها أو تسليمها أو حفظها ، كتمليك عقار معين أو منفعته أو تسليم أو حفظ
منقول معين .

والالتزام بالعمل هو التزام محله صنع شيء معين بعقد استصناع أو أداء
خدمة معينة .

أما الالتزام بالتوثيق فموضوعه كفالة التزام ، مصدره عقد الكفالة . وقد
يكون الالتزام المكفول به التزاما بالدين أو التزاما بالعين ويدخل في ذلك الالتزام
بالتسليم وعلى هذا يكون الالتزام بالتوثيق التزاما تبعا لالتزام بدين أو بعين أو
التزاما أصليا في الكفالة بالنفس . والتمييز البارز في الفقه الاسلامي هو التمييز
بين الدين والعين ويقوم هذا التمييز على اساس الذمة ، فالدين يتعلق بذمة
الدين ، أما العين فلا تتعلق بالذمة ، بل يكون الحق عينيا كان أو شخصا ،
متعلقا بالعين ذاتها .

والذمة في الفقه الاسلامي وصف شرعى يفترض الشارع وجوده في الانسان ، ويصير به أهلا للالزام وللالتزام ، أى صالحا لأن تكون له حقوق وعليه واجبات . والتزامات وهذه الصلاحية التي ترتبت على ثبوت الذمة يسميها الفقهاء بأهلية الوجوب ، اذ يعرفون هذه الأهلية بأنها صلاحية الإنسان للحقوق والواجبات المشروعة^(١) .

وتبدأ الذمة ببدء حياة الانسان وهو جنين ، فتكون له ذمة قاصرة ، اذ يجوز أن يرث وان يوصى له وأن يوقف عليه . ثم يولد حيا فتتكمّل ذمته شيئا فشيئا ، في المعاملات والعبادات والحدود ، حتى تصير كاملة . وتبقى ذمة الانسان ما بقى حيا ، وتنتهى بموته . وانتهاء الذمة بالموت تختلف فيه المذاهب الاسلامية ، فالمالكية وبعض الحنابلة يذهبون الى أن الذمة تتلاشى بالموت فان ترك الميت مالا تعلقت ديونه به ، والا سقطت .

والشافعية والحنابلة الآخرون يذهبون الى أن الذمة تبقى بعد الموت الى أن يتم الوفاء بالديون أما الحنفية فيذهب أغلبهم الى ان الذمة لا تتلاشى ولا تبقى بعد الوفاة ولكنها تخرب ، ويقويها أن يترك الميت مالا أو كفيلا بدينه والا سقط الدين ، وتبقى التركة المستغرقة على حكم ملك الميت . أما التركة غير المستغرقة فقد اختلف الحنفية فيها على اقوال ثلاثة أولها أن تبقى التركة غير المستغرقة كالتركة المستغرقة على حكم ملك الميت ، وثانيها أنها تنتقل الى ملك الورثة ، وثالثها أنها تبقى على حكم الميت بقدر الدين وتنتقل الى ملك الورثة فيما زاد عن ذلك^(٢) .

(١) انظر الاستاذ الشيخ على الخفيف المرجع السابق ص ٨٢ وما بعدها .

(٢) انظر الاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة احكام التركات والمواريث سنة ١٩٤٩ ص ١٧ وما بعدها .

المطلب الثاني

تعداد الحقوق العينية في الفقه

الاسلامى والفقه الغربى

يمكن في الفقه الاسلامى ، كما في الفقه الغربى أن نقسم الحقوق العينية الى حقوق عينية أصلية وحقوق عينية تبعية وتذكر دائما جميع الحقوق العينية على سبيل المحصر ، اذ هي حقوق محددة . وليس للأفراد انشاء حقوق جديدة^(١) .

اولا : الحقوق العينية الاصلية :

١ - حق الملكية او حق الملك :

اول الحقوق العينية الاصلية حق الملك ، وجميع الحقوق الاصلية الأخرى متفرعة عنه وهو الحق العيني الكامل ، وقد ينفصل عنه بعض عناصره ، فتتفرع عنه حقوق عينية أخرى تعتبر بالنسبة الى حق الملك بمثابة الجزء من الكل .

فالملك التام هو ملك الرقبة ومنفعتها معا . وقد ورد في المادة (١١) من مرشد الحيران بشأن حق الملك ما يأتي :

(الملك التام من شأنه ان يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالا ، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثاؤها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة) .

ومن هذا التعريف يبين أن عناصر حق الملك في الفقه الاسلامى ، كما هي في الفقه الغربى ، ثلاثة :

(١) الانتفاع بالعين المملوكة (أو الاستعمال) .

(١) انظر الاستاذ الدكتور السهورى المرجع السابق ص ٢٦ وما بعدها وانظر كذلك الشيخ محمد أبو زهرة الملكية نظرية العقد ص ٩٤ وما بعدها .

(٢) الانتفاع بالغلة والثمار والنتاج وهذا هو الاستغلال .

(٣) التصرف في العين .

وحق الملك حق مقيد بعدم الاضرار بالجار ، وقد ورد في المادة (٥٧) من مرشد الحيران أن « للمالك أن يتصرف كيف شاء في خالص ملكه الذي ليس للغير حق فيه ، فعلى حائظه ، ويبني ما يريد ، ما لم يكن تصرفه مضرا بالجار ضرا فاحشا » . الضرر الفاحش ما عرفته المادة (٥٩) من المرجع المذكور بأنه « ما يكون سببا لوهن البناء . أو هدمه أو يمنع الحوائج الاصلية أى المنافع المقصودة من البناء وأما ما يمنع المنافع التى ليست من الحوائج الاصلية فليس بضرر فاحش » . وإذا تحقق وجود الضرر الفاحش وجبت ازالته ، اذ نصت المادة (٦٠) من مرشد الحيران على أن « يزال الضرر الفاحش سواء كان قديما او حديثا » .

والملكية قد تكون مفرزة وهذا هو الوضع الطبيعى ولكنها قد تكون شائعة ويعرف الفقه الاسلامى الملكية فى صورتها الشائعة على نحو ما هو معروف فى الفقه الاسلامى الملكية فى صورتها الشائعة فى المادة (١٢) منه التى نصت على انه : « اذا كانت العين مشتركة بين اثنين او اكثر فلكل واحد من الشركاء حق الانتفاع بحصته ، والتصرف فيها تصرفا لا يضر الشريك وله استغلالها وبيعها مشاعة حيث كانت معلومة القدر بغير اذن الشريك »
٢ - حق المنفعة :

وقد ينفصل حق المنفعة عن حق الرقبة فيكون لشخص ما حق المنفعة ويكون للثانى حق الرقبة .

وقد عرضت المادة (١٣) من مرشد الحيران الى حق المنفعة فنصت على ان « الانتفاع الجائز هو حق المنتفع فى استعمال العين واستغلالها ما دامت قائمة على حالها وان لم تكن رقبته مملوكة » . فحق المنفعة ينطوى على عنصرين من عناصر الملكية الثلاثة : الاستعمال والاستغلال . وقد يقتصر على الاستعمال

فتسمى المنفعة بحق الاستعمال . وقد يقتصر الاستعمال على السكنى فيسمى ذلك بحق السكنى .

ويبقى للمالك بعد نزع حق المنفعة من الملك العام لشخص آخر حق الرقبة .

٣ - حق الرقبة :

ومالك الرقبة لا يجوز له أن ينتفع بالعين ولا أن يتصرف في منفعتها اذ المنفعة في ملك غيره كما تقدم . وكذلك لا يجوز له أن يتصرف في الرقبة ذاتها الا باذن صاحب المنفعة ، وعليه أن يسلم العين لصاحب المنفعة ليستوفي حقه من منافعتها . ولكن اذا انتهى حق المنفعة فان مالك الرقبة يعود له الملك التام على العين ، ومن بين الاسباب التى ينتهى بها حق المنفعة وفاة المنتفع لان حق المنفعة لا يورث .

٤ - حقوق الارتفاق أو الحقوق المجردة :

يطلق الفقهاء المسلمون على حقوق الارتفاق الحقوق المجردة وقد أوردت المادة (٣٧) من مرشد الخير ان تعريفا لحق الارتفاق فنصت على أنه « حق مقرر على عقار لمنفعة عقار لشخص آخر » . ومن حقوق الارتفاق حق الشرب وحق المجرى وحق المسيل وحق المرور وحق التعلو وحق الجوار .

وحق الشرب : هو الارتفاق بالماء سقياً للأرض أو الشجر أو الزرع وحق المجرى هو حق مرور مسقى في أرض الجار لتصل الى أرضه . وحق المسيل هو مرور مصرف في أرض الجار لصرف الماء الزائد عن الحاجة أو غير الصالح وحق المرور هو حق مرور الإنسان إلى ملكه من طريق خاص في ملك غيره وحق النفلى هو حق الإنسان في أن يعلو بناؤه بناء غيره ، ويتحقق ذلك في دارها سفلى للمالك وعلو للمالك آخر . وحق الجوار هو الا يضر الجار بجاره ضرراً فاحشاً . (١)

(١) انظر الاستاذ الشيخ محمد أبو زهرة « الملكية ونظرية العقد » ص ٤٥ وما بعدها . وانظر الاستاذ الشيخ على الحيف « احكام المعاملات الشرعية عام ١٩٥٣ م ص ٤٨ وما بعدها .

وقد رأى الحنفية أن هذه هي كل حقوق الارتفاق ، وأنه لا يجوز انشاء حقوق ارتفاق أخرى خلاف ما ذكر ، وذلك على خلاف ما تراه بعض المذاهب الاسلامية الاخرى كالمالكية الذين يجدون انشاء حقوق ارتفاق أخرى خلاف الحقوق السابقة كحقوق الارتفاق السلبية وغنى عن البيان أن حقوق الارتفاق ليست الا اجزاء من حق الملك .

ثانيا : الحقوق العينية التبعية :

لما كانت الحقوق العينية الاصلية سلطة الشخص على عين بالذات فان لصاحب الحق أن يتتبع حقه أيا كانت اليد التي انتقلت اليها العين وهذا مقرر في الفقه الاسلامى والفقه الغربى ، بل ان حق التتبع هذا في الفقه الاسلامى أقوى منه في الفقه الغربى ففى الفقه الاسلامى لا يملك مالك الرقبة بيعها الا باذن صاحب حق المنفعة ، أما فى القوانين الغربية فيملك صاحب الرقبة بيعها دون اذن المنتفع ، ولكن يبقى مع ذلك حق المنتفع نافذا فى حق المشتري . ويعرف الفقه الاسلامى من الحقوق العينية التى ترتب على الاعيان ضمانا للديون حقين هما حقّ الرهنّ وحقّ الحبس . أما حق الاختصاص وحق الرهن الرسمى فلم يعرفهما الفقه الاسلامى وهما ليسا الا نتيجة لتطور الحقوق العينية التبعية فى العصر الحديث .

١ - حق الرهن :

يقع حق الرهن وفقا للفقه الاسلامى على العقار وعلى المنقول ، وينشأ من عقد الرهن . وعقد الرهن عقد به يحبس الدائن ما لا للدين ضمانا للدين فيستوفى منه حقه اذا لم يقم المدين بالسداد فى الموعد المقرر ولذا فهو حق تبعى لانه ضمان للدين ، وهو حق عينى لانه يتعلق مباشرة بالعين المرهونة . للدائن المرتهن فى الفقه الاسلامى ، كما فى الفقه الغربى ، حق التتبع وحق التقدم . وحق الرهن المعروف فى الفقه الاسلامى يقابل الرهن الحيازى فى الفقه الغربى .

٢ - حق الحبس :

وهو أيضا حق عينى تبعى وفقا للفقه الاسلامى ، وقد ينشأ حق الحبس من

العقد . فللبائع أن يحتج بحقه في حبس المبيع لعدم دفع الثمن في مواجهة جميع الدائنين . وللأجير المشترك الذى لعمله أثر في العين أن يحبس العين حتى تؤدي اليه الاجرة . وكما ينشأ حق الحبس عن العقد ينشأ كذلك بحكم الشرع ومن ذلك أن للغاصب في أحوال معينة وبشروط خاصة حبس المغصوب الذى زاد فيه زيادة متصلة من ماله حتى يدفع له المالك قيمة الزيادة في المال المغصوب .

ويقابل حق الحبس في الفقه الغربى حق الحبس وحق الامتياز .

٣ - حق الغرماء ^(١) :

يعرف الفقه الاسلامى حقا عينيا تبعا لا يعرفه الفقه الغربى هو حق الغرماء ، وهذا الحق العينى التبعى حق من طبيعة خاصة اذ أنه يبدأ حقا شخصيا ثم ينتهى الى حق عينى .

وينشأ هذا الحق في حالات الحجر ومرض الموت فاذا حجر على مدين أو مرض المدين مرض الموت أو مات وكان له مال تعلقت ديونه بهذا المال وانقلبت الديون من حقوق شخصية الى حقوق عينية ويصبح للدائنين حق الغرماء على مال المحجور عليه او مال مريض مرض الموت أو مال الميت وهذا الحق شبيه بحق الرهن ويخلع هذا الحق على الدائنين وحقّ التبع وحق الافضلية .

٤ - حق الرهن الرسمى :

لا يعرف الفقه الاسلامى هذا الحق ، وهو معروف في الفقه الغربى في كثير من بلاد العالم ، وهو في الواقع ليس الا تطورا لرهن الحيازة كان من الضروري ان يصل اليه الفقه الاسلامى لو اتيح له فرصة التطور ، والرهن الرسمى يحقق ضمانات الرهن الحيازى ويختلف عنه في انه لا ينطوى على حيازة الدائن للعين المرهونة .

ولا يعد الرهن الرسمى مخالفا لمبادئ الشريعة الاسلامية .

٥ - حق الاختصاص :

هو حق عينى تبعى غير معروف في الفقه الاسلامى ومعروف في الفقه الغربى وفي كثير من بلاد العالم وينطوى بوجه عام على تخصيص القضاء لمال معين لسداد دين معين ، وتقبل التشريعات الحديثة الان الى عدم الاخذ بهذا الحق .

(١) انظر الدكتور عبد الرزاق السنهورى المرجع السابق ص ٣٣ وما بعدها .

الباب الثاني

النظرية العنصرية للعقد

يساهم الانسان في احداث وقائع معينة ، يرتب القانون آثارا عليها . وتكون هذه الوقائع اما مادية او تصرفات قانونية .

فالاعمال المادية : هي اعمال يباشرها الشخص فتتخذ شكلا ماديا في مباشرتها على ان القانون يرتب عليها آثارا وذلك دون أن يعبا إذا ما كانت ارادة من قام بالعمل قد اتجهت الى احداث هذه الآثار ان لم تنجبه الى ذلك .

١ - والاعمال المادية نوعان : الفعل الضار (العمل غير المشروع) ويترتب عليه الزام المخطيء بتعويض الضرر الذي تسبب فيه . والفعل النافع وهو الفعل الذي يثرى به شخص على حساب آخر فيترتب عليه الزام المثرى في حدود ما اثرى به المقتقر عما لحقه من خسارة .

٢ - اما التصرف القانوني فهو تعبير عن ارادة او اكثر يحقق آثارا قانونية لان صاحب الارادة قد اراد ذلك . والمثال الحى على التصرفات القانونية هو العقود التى يسهم في تكوينها اكثر من ارادة واحدة كالبيع او الايجار والتصرفات الصادرة بارادة واحدة كالوصية .

ويمكن تسمية الاحداث الطبيعية ، والاعمال المادية التى من صنع الانسان ، بالوقائع القانونية اذا رتب القانون عليها آثارا .

وعلى ضوء ما تقدم يكون الفعل غير المشروع والاثراء بلاسبب أو الفعل النافع ، والاحداث الطبيعية التى يرتب عليها القانون أثرا ، وقائع قانونية . بينما يعتبر العقد والارادة المنفردة تصرفات قانونية .

وتسمى الطائفة الاولى بالمصادر غير الارادية وهى التى تضم الوقائع القانونية المادية او الطبيعية .

ويطلق على الطائفة الثانية اسم المصادر الارادية وهى التى تشمل العقد والارادة المنفردة .

وتتفق مصادر الحقوق فى الفقه الاسلامى مع مصادر الحقوق فى الفقه الغربى فى أن هناك مصدرين اثنين : التصرف القانونى والواقعة القانونية المادية والتصرف القانونى يشمل العقد والارادة المنفردة . وتنطبق قواعد العقد على الارادة المنفردة ، الا ما تقتضيه طبيعة الارادة المنفردة من انها ارادة واحدة لا ارادتان متطابقتان . فنقصر بحثنا اذن على العقد وبخاصة ان الفقه الاسلامى لا يعلق الاهمية التى يعلقها الفقه الغربى على التمييز ما بين العقد والارادة المنفردة .

والمصادر غير الارادية التى سنغفل بحثها هى العمل غير المشروع ، والاثراء على حساب الغير ، وكل منها من عمل الانسان ويترتب عليها انشاء الالتزام

فالعمل غير المشروع يترتب عليه الزام المخطئ بتعويض ما نتج عن خطئه من ضرر . فيصير المضرور دائئاً بالتعويض . وهذه هى المسؤولية التقصيرية التى تتوافر اركانها بالخطأ والضرر وعلاقة السببية .

اما الاثراء بلا سبب فيفترض قيام شخص بعمل يترتب عليه إفقاره ، واثراء شخص آخر بغير سبب قانونى . وعندئذ ينشأ للمفتقر حق فى ذمة المثرى . اذ يلتزم الأخير فى حدود ما اثرى به بتعويض المفتقر عما لحقه من خسارة . وصورة ذلك مثلاً ، ان ينفق شخص مصروفات لتحسين ارض مملوكة للغير ولكنها فى حيازته . فالمالك هنا ملزم ، حيناً يطالب باسترداد الارض بتعويض الحائز عما انفق ، فى حدود الزائد فى قيمة الارض بسبب التحسينات التى تمت .

الى جانب العمل الغير مشروع والاثراء بلا سبب ، هناك احداث طبيعية تعتبر وقائع قانونية لان القانون يربط عليها بعض التزامات . من ذلك مثلاً واقعة

القراءة ، التى يترتب عليها بالشروط المنصوص عليها فى القانون ، الالتزام بالنفقة .

هذا عرض مجمل للمصادر غير الارادية للالتزام ، وهى لن تكون موضعا لدراسة مفصلة فى هذا المؤلف .

الفصل الأول فى نطاق العقد وتقسيمه

نعالج فى هذا الفصل مسألتين : الاولى هى نطاق العقد ، والثانية هى تقسيمات العقود .

فى نطاق العقد نبدأ فى مبحث أول بتعريفه وتحديد عناصره . ثم نقصر مجاله على الاتفاقات التى تبرم فى اطار المعاملات المالية ، وفى دائرة القانون الخاص فقط . واخيرا نشير الى القيود الواردة على حرية الارادة وفقا للاتجاهات الحديثة فى العقد .

وفى مبحث ثان نعالج تقسيمات العقود بالنظر اليها من نواح متعددة . وعندئذ نتكشف لنا أنواع مختلفة من العقود .

المبحث الأول : فى نطاق العقد

١ - تعريف العقد :

يمكن تعريف العقد بأنه تلاقى ارادتين أو أكثر على ترتيب آثار قانونية سواء كانت هذه الآثار هى انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه . وظهر تعريف أوردته الفقهاء المسلمون هو ما اشار اليه صاحب مرشد الخيران فقد عرفته المادة (٢٦٢) من مرشد الخيران بقولها ان « العقد عبارة عن ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدین بقبول الآخر على وجه يثبت أثره فى المعقود عليه » .

ولم يضع الفقهاء المسلمون نظرية عامة للعقد ، بل تناولوا العقود المسماة عقداً ، وبحثوا في أركان كل عقد وفي أحكامه على حدة فبحثوا البيع والهبة والإجارة بأنواعها والمزارعة والمساقاة والشركة والعارية والقرض والوديعة والكفالة والحوالة والرهن والصلح . ويمكن استظهار القواعد المشتركة من بين ما بحثه هؤلاء الفقهاء من العقود وهذا ما فعله فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرون في مؤلفاتهم الحديثة ، وستابع هذه الخطة في دراستنا لأفكارهم على نحو ييسر المقارنة بين الفقه الغربي والفقه الإسلامي .

وإذا كان العقد تلاقى إرادتين أو أكثر على ترتيب آثار قانونية فإنه يبين من ذلك أن كل عقد يستند إلى عنصرين أولهما تلاقى الإرادتين وثانيهما أن يهدف طرفا العقد إلى ترتيب آثار قانونية وسنعرض فيما يلي تباعاً لكل من هذين العنصرين :

أولاً : تلاقى الإرادتين :

أما عن تلاقى الإرادتين فهو جوهر التعاقد ومناط وجوده . فلا يكفي اتجاه إرادة واحدة إلى امر معين ، بل يجب أن تتلاقى هذه الإرادة مع إرادة الطرف الآخر . ومن هذا التلاقى ينشأ التراضي الذي يعتبر الركن الجوهرى في كل عقد والذي تلتقى فيه الإرادتان على الأمور الجوهرية في العقد .

ومن الجدير بالذكر في هذا الخصوص أن بعض الفقهاء المسلمين يذهبون إلى أن الإيجاب والقبول وحدهما كافيان في تكوين العقد ومن هذا يبين مدى تقدم الفقه الإسلامى في شأن رضائية العقود^(١) وأن رضائية العقد على بساطتها وكونها من بديهيات القانون الحديث ، لم يصل إليها القانون الرومانى كقاعدة عامة حتى في آخر مراحل تطوره . ولعل السر في وصول فقهاء الشريعة الإسلامية إلى

• (١) انظر نظرية العقد للدكتور عبد الرزاق السنهورى عام ١٩٣٤ م ص ٦٣ وما بعدها وأنظر كذلك لنفس المؤلف مصادر الحق في الفقه الإسلامى دراسة مقارنة بالفقه الغربى ١٩٥٤ الجزء (١) ص ٣٧ ، ٣٨ .

هذه القاعدة ما كان للدين من الاثر الهام في تقرير قواعد الفقه فقد وضع القرآن والحديث أساس قواعد العقود اذ قال الله تعالى « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » وقال « وأوفوا بالعهد ان العهد كان مسئولا » وقال « وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا » ، وقال النبي ﷺ : « لا أمان لمن لا أمانة له ، ولا دين لمن لا عهد له »

ثانيا : اتجاه الارادتين لترتيب آثار قانونية :

ويجب أيضا أن تنجبه ارادة المتعاقدين إلى ترتيب آثار قانونية ، ومن ثم لا يقوم العقد إذا كان الاتفاق لم يستهدف ترتيب أثر قانوني . وهذه أيضا مسألة وقائع يقدرها قاضي الموضوع في ضوء الظروف الملائمة للاتفاق والقرائن التي يصل إليها عند فحص النزاع .

وعلى ذلك فتصرفات المجاملة لا تنشئ عقودا لأنها لا ترتب آثارا قانونية فدعوة صديق للغداء لا تنشئ عقدا بين الداعي والمدعو . كذلك فالخدمات المجانية لا تنشئ عقودا . مادامت الارادة لم تنجبه الى الالتزام قانونا بها وعلى ذلك فالطبيب الذي يعالج صديقا له او قريبا دون اجر لا تنجبه ارادته الى انشاء رابطة قانونية عن طريق التعاقد يترتب عليها التزامات قانونية .

وليست عملية استخلاص نية المتعاقدين مسألة موضوعية تختلف باختلاف الظروف على نحو ما ذكرنا ولا يكفى في ذلك الاعتداد بالصفة المجانية للالتزام . فدعوة صديق لتناول الطعام لا تنشئ التزاما قانونيا ، ولكنها تكون كذلك اذا تعهد بها رب العمل للعامل الذي يعمل في مصنعه بل إن الوجبة في هذه الحالة تعتبر جزءا من الاجر وفقا لاحكام نظام العمل على نحو ما سنرى عند دراستنا لنظام العمل والعمل فيما بعد .

٢ - نطاق العقد :

نطاق العقد ينطوى على بيان مجاله بالمعنى المفهوم في القانون الخاص ، ويتحدد نطاق العقد في هذا الخصوص بأمرين : الطبيعة المالية للاداء الملقى على

عائق المدين ، وأن يكون الاتفاق في دائرة القانون الخاص . وبذلك يخرج عن نطاق العقود بالمعنى الذى نقصده ، الاتفاقات الواقعة في دائرة القانون العام ، فالاتفاق الدولى الذى ينعقد بين الدول يخضع للقانون الدولى وتسرى عليه احكام المعاهدات والاتفاقيات الدولية والعقود التى تبرمها الدولة بوصفها سلطة عامة مع الافراد تخضع لقواعد القانون الادارى ، وذلك كعقد التزام المرافق العامة ، والاشغال العامة وبذلك تخرج عقود القانون العام عن مجال ونطاق دراستنا لنظرية العقود .

وليس كل عقد تبرمه الدولة يعد من عقود القانون العام اذ يلاحظ في هذا الشأن أن هناك عقودا تبرمها الدولة بوصفها شخصا عاديا فتعتبر في حكم الافراد ، وتخضع لاحكام القانون المدنى ، كعقد ايجار او بيع مال من أموال الدولة الخاصة او عقد شراء أدوات او مهفات او مواد من السوق لتموين المدارس او الجامعات او لسداد احتياجات الادارات الحكومية .

٣ - القيود الواردة على حرية الارادة : -

التراضى ركن العقد الاساسى والارادة جوهر التعاقد .. فهى التى تنشئ التصرف القانونى ، وترتب الاثار القانونية التى تستهدف تحقيقها . وهذا هو ما يعبر عنه بسلطان الارادة . ويسمى في نطاق العقد بمبدأ الحرية التعاقدية او حرية الارادة .

وبسلطان الارادة معنى حريتها في انشاء التصرف القانونى ، او تعديله او انهاءه وترتيب الاثار ووضع الشروط التى تروق لها . هذا المبدأ غير مطبق على اطلاقه بل يخضع لقيود تحد منه وتسمى هذه القيود الواردة على سلطان الارادة او على حرية الارادة ، وهذه القيود هى :

(أ) القيود الشكلية التى يضعها المشرع : -

رغم ان القاعدة العامة هى رضائية العقود الا أن المشرع قد يرى لاعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة ان يكون التعبير عن الارادة متخذاً شكلاً معيناً حتى ينتج آثاره القانونية .

وهذه الشكلية قد يتطلبها المشرع في صورة الكتابة ، وذلك بأن يقرر أن التصرف لا ينشأ الا اذا أفرغ في شكل مكتوب ، وهذا هو ما يشترطه مثلا المشرع السعودي في المادة (١٥٢) من نظام المحكمة التجارية بالنسبة الى بيع السفينة فنص على أن بيع السفينة كاملة او حصة منها يجب ان يتم « بسند رسمى » .

(ب) القيود المتعلقة بالنظام العام او بالاداب العامة :

وتتعلق بالقواعد الآمرة ، التى لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ، وهذه القواعد الآمرة تحمى النظام العام والاداب فى المجتمع . ومن ثم فهى تخرج عن الدائرة التى يجوز فيها للإرادة ترتيب آثار قانونية وعلى هذا فالتعاقد على بيع أو شراء مسكرات او مخدرات يقع باطلا لان النظام لا يحترم سلطان الإرادة ولا يرتب آثارا قانونية على التعهدات او التعاقدات الا اذا كانت فى نطاق ما يسمح به المشرع من تصرفات .

المبحث الثانى : تقسيمات العقود

لم يضع فقهاء الشريعة الاسلامية تقسيمات عامة للعقود ولكنهم عرضوا احيانا لتقسيمات محدودة وركزوا دائما على العقود عقداً ولم يراعوا فى ترتيبها فكرة معينة او صلة ظاهرة وقد عرض كتاب البدائع للكاسانى فى الفقه الحنفى للعقود على الترتيب الاتى :

(١) الاجارة .	(٢) الاستصناع .	(٣) البيع .	(٤) الكفالة .
(٥) الحوالة .	(٦) الوكالة .	(٧) الصلح .	(٨) الشركة .
(٩) المضاربة .	(١٠) الهبة .	(١١) الرهن .	(١٢) المزارعة .
(١٣) المعاملة (المساقاة)	(١٤) الوديعة .	(١٥) العارية .	
(١٦) القيمة .	(١٧) الرصايبا .	(١٨) القرض .	

وقد وقف بعض الفقهاء عند اعتبار العوض وجودا وعدما ، فقسموا العقود الى عقود المعاوضة وعقود تبرع وعقود هي تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء . فيدخل في عقود المعاوضة الاجارة والاستصناع والبيع والصلح والشركة والمضاربة والمزارعة والمساواة والقسمة . ويدخل في عقود التبرع الهبة والعارية والوديعة . ويدخل في عقود التبرع ابتداء والمعاوضة انتهاء الكفالة والحوالة والوكالة والرهن والقرض .

ومن الفقهاء من قال بتقسيمات اخرى محدودة كقولهم عقود الودائع (الوديعة والعارية والرهن والشركة والوكالات (الوكالة والشركة والمضاربة) والتوثيقات الكفالة والحوالة والرهن) وهم بهذا يضعون كل طائفة متجانسة من العقود في قسم واحد .

ومن الفقهاء من يتخذ محل العقد معيارا للتقسيم وقد اتخذ صاحب مرشد الحيران هذا المعيار فنص في المادة ٢٦٣ على أنه « يصح ان يرد العقد على الاعيان منقولة كانت او عقاراً لتعليكها بعوض او بغير عوض » . ونص في المادة ٢٦٤ على انه « يصح ان يرد العقد على الاعيان لحفظها وديعة او لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضا ورد بدلها » . ونص في المادة ٢٦٥ على انه « يجوز ورود العقد على منافع الاعيان للانتفاع بها بعوض اجارة او بغير عوض اعارة ورد عينها لصاحبها » . ونص في المادة ٢٦٦ على انه « يصح ان يرد العقد على عمل معين من الاعمال الصناعية او على خدمة معينة » .

ولا ينبغي ان لا يفهم مما تقدم ان الفقه الاسلامي لم يعرف الا هذه العقود المسماة ، وان اى اتفاق لا يدخل تحت عقد من هذه العقود لا يكون مشروعا ، فقد سلم الفقهاء المسلمون بإمكان ان يمتزج عقدان او اكثر من العقود السابقة في عقد واحد يجمع بين خصائص العقود التي امتزجت فيه ويؤكد هذا القاعدة الفقهية التي تذهب الى ان المسلمين عند شروطهم ، وان كل اتفاق تتوافر فيه الشروط التي يقرها الفقه الاسلامي يكون عقدا مشروعا . وقد جاء في البدائع

في هذا الخصوص انه « روى عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال المسلمون عند شروطهم ، فظاهر الحديث يقتضى لزوم الوفاء بكل شرط الا ماخص بدليل ، لانه يقتضى ان يكون كل مسلم عند شرطه وانما يكون كذلك اذا لزمه الوفاء به ... وهذا لان الاصل ان تصرف الانسان يقع على الوجه الذى اوقعه اذا كان أهلا للتصرف والمحل قابلا وله ولاية عليه » .

وبديهي ان حرية المسلم في الاتفاق على العقود وعلى تضمن العقود للشروط التى تحقق مصلحته رهين بأن يكون في دائرة المشروعية او دائرة النظام العام والاداب العامة وان كانت دائرة النظام العام في الفقه الاسلامى اوسع منها في الفقه الغربى فتحريم العقود الربوية وتحريم عقود الغريوسعان كثيرا من هذه الدائرة في الفقه الاسلامى وعلى ذلك فالاصل في الفقه الاسلامى هو حرية التعاقد في حدود النظام العام .

ويمكن ان تقسم العقود عدة تقسيمات من ناحية تكوينها او من ناحية تنظيمها القانونى او من ناحية الاثر المترتب عليها او من ناحية طبيعتها او من ناحية تجاريتها وذلك على النحو الاتى :-

١ - يمكن تقسيم العقد من حيث تكوينه الى عقد رضائى او شكلى او عينى ، واما أن يكون من عقود المساومة او عقود الاذعان .

٢ - ويمكن تقسيم العقد من حيث التنظيم القانونى الى عقد مسمى او عقد غير مسمى وقد يكون عقدا بسيطا او مختلطا .

٣ - ويمكن تقسيم العقد من حيث الاثر الى عقد ملزم للجانبين او ملزم لجانب واحد ، واما ان يكون عقد معاوضة او عقد تبرع .

٤ - ويمكن تقسيم العقد من حيث طبيعته فيكون عقدا محددًا او عقدا احتماليا واما ان يكون عقدا فوريا أو عقدا زمنيا .

٥ - وأخيرا يمكن تقسيم العقود الى مدنية او تجارية بالنظر الى موضوعها ومحلها وما اذا كانت تتناول اعمالا تجارية او غير تجارية .

المطلب الأول

تقسيمات العقود من حيث تكوينها

تنقسم العقود من حيث تكوينها الى عقود رضائية او عقود شكلية او عقود عينية كما قد تكون العقود عقود اذعان او عقود مساومة . والعقد الرضائي هو العقد الذى ينشأ بمجرد التراضى دون حاجة الى اضافة اى اجراء شكلى اخر . فاقتران الايجاب بالقبول ينشئ العقد . والقاعدة العامة فى التشريعات الحديثة ان العقود رضائية كالبيع والايجار وأن الاستثناء هو شكلية بعض العقود .

أما العقد الشكلى فهو العقد الذى يلزم لنشأته فضلاً عن التراضى ، إفراغه فى شكل معلوم يتطلبه القانون . وبهذه المثابة يعتبر الشكل ركناً فى تكوين العقد فلا يكفى لانعقاده ان يتراضى الطرفان عليه او ان يقرن الايجاب بالقبول مالم يفرغ فى الشكل الذى تطلبه القانون او النظام .

والشكلية المألوفة فى العصر الحديث ، هى تدوين العقد فى ورقة رسمية أمام الموظف المختص وهو ما لجأ اليه المشرع السعودى فى المادة (١٥٢) من نظام المحكمة التجارية التى سبقت الاشارة اليها .

أما العقد العينى فهو : الذى يلزم لا كتابه ، فضلاً عن التراضى ، تسليم العين محل التعاقد فالتسليم هنا ليس مجرد التزام يترتب على العقد ولكن العقد لا يكتمل الا بتأمله .

فقد يحدث ان يتفق المتعاقدان على ان العقد لا يتم الا بقيام احدهما بتسليم ما تعهد بأدائه وهو ما تلجأ اليه شركات التأمين احياناً فتشترط الا ينشأ عقد التأمين الا بعد قيام المؤمن له بدفع القسط الاول . وبهذا الاتفاق يصبح العقد عينياً ، لان التسليم يعتبر ركناً فى التعاقد لا يكتمل وجود العقد الا به .

وعقد الاذعان هو كما يبين من اسمه عقد يخضع فيه القابل لشروط مفروضة يستأثر بوضعها الطرف الاخر فى التعاقد ولا يقبل المناقشة فيها . ويتعلق ذلك

عادة بسلعة او مرفق حيوى يكون محل احتكار قانونى او فعلى او تكون المنافسة محدودة فى شأن هذه السلعة او المرفق على الاقل .
أما عقد المساومة فهو الذى تكون ارادة المتعاقدين عند مناقشة شروط التعاقد وبحثها على قدم المساواة دون خضوع او استجابة لحاجة ملحة من احدهما على نحو يمكن الاخر من فرض شروطه دون مناقشة .

المطلب الثانى

تقسيم العقود من حيث تنظيمها القانونى

تنقسم العقود من حيث تنظيمها القانونى الى عقود مساواة او الى عقود غير مساواة ، كما قد تكون عقودا بسيطة او عقودا مختلطة .
فالعقد المسمى هو العقد الذى يتولى المشرع تنظيم أحكامه لشيوعه بين الناس ولذا يخلع عليه المشرع اسمه ويتولى تنظيم احكامه .
والعقود المساواة إما أن ترد على الملكية ، وهى البيع والمقايضة والهبة والشركة والقرض والصلح . وإما أن ترد على المنفعة وهى الايجار وعارية الاستعمال . وإما أن ترد على العمل وهى المقاولة والتزام المرافق العامة وعقد العمل والوكالة والوديعة والحراسة . وهناك ايضا عقود الغرر وهى المرتب مدى الحياة ، وعقد التأمين . وعقود الضمان وهى الكفالة والرهن الرسمى والحيازى .
أما العقد غير المسمى فهو العقد الذى لا يخضع لتنظيم قانونى خاص به فلا يخصه المشرع باسم معين ولا يتولى تنظيم أحكامه .
وتخضع العقود غير المساواة فى نشأتها وآثارها للقواعد العامة المقررة لجميع العقود والواردة فى النظرية العامة للالتزامات ولا يختص كل عقد منها بأحكامه منفصلة كما هى الحال فى العقود المساواة .
ومن أمثلة العقود غير المساواة ، عقد النشر وعقد النزول فى فندق ، والعقد بين الجمهور وبين دور السينما والمسرح والملاهى ، والعقد بين المصور او الرسام مع

الشخص الذى يصوره او يرسمه . كل هذه عقود غير مساة ، لان المشرع لا يخلع عليها اسماءها ولا يضع لها قواعد خاصة بها .

والعقد البسيط هو الذى يقتصر على أحكام موحدة ، والذى لا تترج فيه أحكام عقود مختلفة ، وذلك كعقد البيع او عقد الايجار فهو لا ينطوى الا على أحكام تتعلق بعقد واحد .

أما العقد المختلط فهو العقد الذى تختلط فيه أحكام عقود متعددة فالعقد المبرم بين التزليل وصاحب الفندق ينطوى على ايجار للمسكن وبيع للغداء وعمل بالنسبة الى الخدمة ووديعة بالنسبة الى الامتعة . وقد يكون فيه قرض بالنسبة لما تدفعه ادارة الفندق احيانا من نقود يحتاج اليها كدفع ما تستحقه سيارات الاجرة او غيرها .

والقاعدة العامة ان يطبق على العقد المختلط أحكام العقود المختلفة التى يتضمنها اذا امكن تجزئة احكامه ، ولكن قد تتناقض الاحكام المختلفة للعقود فلا يمكن تطبيقها ، فيجب فى هذه الحالة تغليب احد العقود المتداخلة فى العقد المختلط باعتباره العنصر الاساسى او العقد الغالب الذى يطبق قواعده واحكامه بصفة اساسية واصلية .

المطلب الثالث

تقسيم العقود من حيث الآثار التى تترتب عليها

تنقسم العقود من حيث الآثار التى تترتب عليها الى عقود ملزمة للجانيين وعقود ملزمة لجانب واحد والى عقود معاوضة وعقود تبرع .

فالعقد الملزم لجانيين هو العقد الذى ينطوى على التزامات متبادلة اذ يرتب العقد التزامات على عاتق كل من طرفيه ويعتبر تقابل الالتزامات ابرز ما يميز هذا النوع من العقود ففى عقد البيع مثلا يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع فى مقابل التزام المشتري باداء الثمن . وفى عقد الايجار يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من

الانتفاع بالعين المؤجرة ، مقابل التزام المستأجر بدفع الاجرة ففى كل من هذين العقدين تتقابل التزامات كل من الطرفين .

أما العقد الملزم لجانب واحد فهو العقد الذى ينفرد فيه احد طرفى التعاقد بالالتزام فى مواجهة الطرف الاخر ، ومن ثم يكون احد المتعاقدين مدينا فحسب ويكون التعاقد الثانى دائنا فحسب . ومثال ذلك الوديعة المجانية التى يلتزم بموجبها المودع لديه بتسليم الشيء محل الوديعة ، وان يحافظ عليه ويرده فى الاجل المحدد ، دون ان يلتزم المودع بأى التزام نحو المودع لديه فهو دائن وصاحب حق فقط بعكس المودع لديه اذ هو مدين محمل بالتزام فحسب .

ويتربط على التقابل فى الالتزامات فى العقود الملزمة للجانبين ، نتائج قانونية هامة منها : -

١ - حق فسخ العقد : - اذا لم يقم احد المتعاقدين فى العقد الملزم للجانبين بتنفيذ ما يجب عليه من التزامات او اذا أخل بهذه الالتزامات كان للمتعاقد الاخر حق فسخ العقد جزاء على عدم تنفيذ المتعاقد الاول لا لزاماته او لإخلاله بها .

أما فى العقد الملزم لجانب واحد فلا مجال لوجود حق الفسخ ذلك ان الهدف من استعمال حق الفسخ فى العقد الملزم للجانبين هو ان يتحلل الطرف الثانى من التزامه مادام الطرف الاول لم يقم بتنفيذ التزامه فالعقد الملزم لجانب واحد يتخلف فيه التقابل بين الالتزامات ويقتصر الامر فيه على أن يتمسك الدائن بمطالبة المدين بتنفيذ الالتزام الواقع على عاتقه بمقتضى العقد ولا يكون له مصلحة فى فسخ العقد .

٢ - الامتناع عن التنفيذ : - يجوز كذلك فى العقد الملزم للجانبين ، فى حالة امتناع احد المتعاقدين عن تنفيذ أى من التزاماته ان يتمسك المتعاقد الاخر ، بدلا من طلب الفسخ ، بعدم تنفيذ التزاماته اى يمتنع عن التنفيذ حتى يقوم الطرف الاول بتنفيذ التزامه . وهذا هو ما يسمى بالدفع بعدم تنفيذ العقد ، ويلجأ اليه المتعاقد كوسيلة قانونية لحمل المتعاقد الاخر على القيام بما تعهد به .

فاذا لم يؤت الدفع بعدم التنفيذ نتيجة ما كان له ان يستعمل حقه فى الفسخ .
وهنا أيضا يتميز العقد الملزم للجانبين بإمكان استعمال أى من المتعاقدين
حق الدفع بعدم التنفيذ لاخلال المتعاقد الآخر بالتزاماته أو لامتناعه عن تنفيذ
أى منها ، أما العقد الملزم لجانب واحد فبديهى أن الطرف الدائن ليس عليه من
التزام يدفع بعدم تنفيذه .

وتعد عقود المعاوضة من العقود الملزمة للجانبين إذ ان عقد المعاوضة هو العقد
الذى يتبادل فيه الطرفان المزايا والالتزامات الناشئة عن العقد ، فيأخذ كل
طرف فى العقد مقابلا لما يعطى ومن أمثلة عقود المعاوضة ، عقد البيع الذى يحق
للبيع فيه ان يحصل على الثمن مقابل تسليم المبيع ، والمشتري له الحق فى
الحصول على المبيع مقابل سداد الثمن وكذلك يعد عقد الإيجار من عقود
المعاوضة لان المؤجر يحصل على الاجرة مقابل تمكين المستأجر من الانتفاع
بالعين المؤجرة والمستأجر ينتفع بالعين المؤجرة مقابل دفع الاجرة وعلى ذلك يقوم
فى هذه العقود الحقوق والالتزامات بالتقابل فى ذمة كل من طرفى العقد .

وتعد عقود التبرع عقودا ملزمة لجانب واحد فعقد التبرع عقد يستأثر فيه
أحد الطرفين بمزايا العقد ولا يكون عليه التزامات ما أما الطرف الآخر فهو يوفى
بالتزام وليس له من حقوق بمقتضى العقد فعقد الهبة البسيطة مثلا عقد تبرع لان
الواهب يهب الشيء الموهوب دون مقابل ، والموهوب له يتلقى الشيء دون ان يلتزم
فى مقابل ذلك بالتزام ما ، والعارية المجانية عقد تبرع لان المعير لا يأخذ شيئا
من المستعير مقابل الاعارة ، وهذا هو الحال أيضا فى كل عقود التبرع الأخرى
كعقد الوكالة المجانية .

المطلب الرابع

تقسيم العقود من حيث طبيعتها

تنقسم العقود من حيث طبيعتها الى عقود محددة وعقود احتمالية ، وإلى عقود
فورية وعقود زمنية .

والعقد المحدد هو العقد الذى يستطيع فيه كل متعاقد ان يحدد عند توقيع العقد ماذا سيحصل عليه وماذا سيعطى ، بصرف النظر عن توازن الحقوق والالتزامات لكل من الطرفين فالذى يميز العقد المحدد هو امكانية تحديد الحقوق والالتزامات وتقدير كل منها تقديرا دقيقا فبيع سلعة معينة بثمان معين عقد محدد وإيجار مسكن معين بأجرة معينة عقد محدد لان كلاً من الطرفين يعرف تماما عند العقد مقدار ما سيعطى ومقدار ما سيأخذ .

أما العقد الاحتمالى فهو العقد الذى لا يمكن فيه كل من المتعاقدين ان يحدد عند العقد مقدار ما سيأخذ ومقدار ما سيعطى ولا يستطيع اى من المتعاقدين اجراء هذا التحديد الا فى المستقبل تبعاً لوقوع حدث غير محقق او غير معروف زمن حدوثه اذا كان هذا الحدث هو الذى يحدد مقدار الحقوق والالتزامات لكل من المتعاقدين .

وعقود الغرر تعتبر عقوداً احتمالية ومثلها عقد التأمين فالتأمين ضد الحريق يلزم المؤمن له بدفع الاقساط ولكن المؤمن له لا يعرف هل سيتحقق حصوله على مبلغ التأمين ووقف الحصول عليه ، لان ذلك لا يكون الا بوقوع الحريق بالفعل وهو أمر مستقل غير محقق . والمؤمن يتلقى اقساط التأمين ، وربما اضطر لدفع عوض التأمين بعد العقد بفترة وجيزة او فترة طويلة ، وقد لا يضطر للوفاء به أبدا لان الحدث المستقبل وهو الحريق غير محقق الوقوع .

والعقد الفورى هو العقد الذى لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً أو أساسياً فيه ولو تراخى التنفيذ الى اجل او آجال متعاقبة ، فعقد البيع مثلاً عقد فورى دائماً ولو تراخى التنفيذ بالنسبة لبعض الالتزامات المترتبة عليه لمدة او لمدد مستقبلية ويسرى هذا على البيع الذى يسلم فيه الشئ المبيع فى الحال بثمان يدفع فوراً ، كما يسرى كذلك على عقد البيع بثمان مؤجل فتأجيل دفع الثمن او تأجيل تسليم المبيع لا يزيل عن العقد الطبيعة الفورية . ذلك ان تدخل عنصر الزمن يعتبر عرضياً لا يؤثر فى تحديد الثمن او فى قيمة المبيع . فالاجل لا يتدخل فى تحدد مقدار الثمن ، او فى مقدار المبيع وانما هو موعد يتحدد به زمن

التنفيذ فحسب .

فالعقد الفوري يتحدد محله منفصلا عن الزمن . لان الزمن لا يعتبر عنصرا جوهريا في تحديد محل التعاقد ، وانما قد يكون مجرد عنصر عرضي يتمثل في اجل مضروب لارجاء تنفيذ الالتزام . ويظل العقد فوريا بصرف النظر عن مواعيد تنفيذ الالتزامات .

أما العقد الزمني فهو عقد يندمج فيه الزمن ويصبح عنصرا جوهريا أساسيا فيه بحيث لا يتصور قيام العقد منفصلا عن عنصر الزمن ، ويكون هو المعيار الذي يقدر به محل العقد . فعقد الإيجار مثلا عقد زمني لأنه يرد على المنفعة ، والزمن عنصر جوهري فيه لانه هو الذي يحدد مقدار المنفعة التي تعود على المستأجر والأجرة التي يستحقها المؤجر وعقد العمل لمدة معينة ، عقد زمني لان خدمات العامل لا يتصور قيامها بغير الزمن فالزمن عنصر جوهري أساسي فيه لانه يحدد أجر العامل كما يحدد عمله الذي يستحق عليه الأجر .

المطلب الخامس

تقسيمات العقود الى تجارية ومدنية

تنقسم العقود كذلك الى عقود تجارية وعقود مدنية ، ويكون العقد تجاريا اذا اقترن تكوين العقد بظروف معينة تخلع عليه هذه الصفة فعقد البيع مثلا وعقد الشركة وعقد الإيجار وعقد القرض وعقد الرهن وعقد الكفالة وعقد التأمين كلها عقود قد تصبح تجارية اذا اقترنت بعقدها ظروف معينة تخرجها من نطاق العقود المدنية الى دائرة العقود التجارية .

وتحدد نظرية الاعمال التجارية الصفة التجارية للعقد فهناك أعمال يعتبرها النظام تجارية ولو وقعت منفردة ، أى حتى ولو أبرمها الشخص مرة واحدة دون أن يتخذها حرفة معتادة وهناك أعمال يعتبرها النظام أعمالا تجارية إذا تمت ممارستها على نحو معتاد ومع تكرار تنفيذها على نحو ما سنرى فيما بعد .

ولكن الجانب الاكبر من العقود التجارية يكتسب هذه الصفة اذا صدرت من التاجر بمناسبة ممارسة أعماله التجارية وبمناسبتها .

فاحتراف التجارة يؤدي أحيانا الى اعتبار العقد تجاريا ، اذا أبرمه التاجر تلبية لحاجات تجارية ، ومثال ذلك عقود بيع المحال التجارية ، أو عقود بيع وشراء القيم المنقولة والبضائع بالجملة ، وعقود البيع في عمليات الاستيراد والتصدير ، وكذلك عقود التأمين على البضائع ، وعقود النقل التي يبرمها التاجر لنقل البضائع من مكان إلى آخر وذلك إذا تمت هذه الأعمال كلها بمناسبة قيام التاجر بأعمال تجارية وممارسة أعماله التجارية .

ويكون العقد دائما عقدا مدنيا اذا تعلق بمعاملات مالية غير تجارية .
وسندرس فيما بعد الاعمال التي اعتبرها المشرع السعودي أعمالا تجارية بطبيعتها وتلك التي اعتبرها أعمالا تجارية اذا مارسها الشخص على سبيل المفاولة .

المبحث الثالث : شروط صحة العقد

سبق أن ذكرنا أن الاصل في الفقه الاسلامي هو رضائية العقود بمعنى أن في استطاعة الافراد ان يعقدوا فيما بينهم أى نوع من أنواع العقود سواء أكانت مذكورة أم غير مذكورة في أنظمة الدولة طالما أنهم لا يخالفون النظام العام أو الآداب العامة ويمكن لهم أن يتصوروا أى عقد يريدونه وأن يبرموه ، كما يستطيعون أن يرتبوا النتائج المنتظرة من تعاقدهم بالكيفية التي تلائمهم وحسب ماقتليه حاجاتهم ومصالحهم ورغباتهم ، وهم لا يلزمون ، في حالة ما إذا كان العقد من بين العقود الواردة في أى نظام الا باتباع القواعد المنظمة له اذا كانت من القواعد الآمرة . سواء فيما يتعلق بالشكل أو احترام النظام العام والآداب العامة . من كل أولئك يتضح لنا أن مبدأ حرية التعاقد أو سلطان الارادة ليس مطلقا إذ ترد عليه بعض القيود .

المبحث الرابع: أركان العقد

يقصد بأركان العقد الأسس التي يقوم عليها . وهذه الأسس التي لا ينشأ العقد بدونها ثلاثة هي :

- ١ - توافق الإرادتين أو الرضاء الصحيح وهو مايعبر عنه بركن التراضى .
- ٢ - موضوع معين أو محل للالتزام وهو مايعبر عنه بركن المحل .
- ٣ - سبب مشروع للالتزام وهو مايعبر عنه بركن السبب .

المطلب الأول

ركن التراضى

ركن التراضى أهم أركان العقد وأبرزها فينبغى أن يلتقى الايجاب بالقبول حتى ينعقد العقد .

ولايكفى مجرد قيام الرضا بل يجب أن يكون الرضا صحيحا صادرا عن ذى أهلية للعقد ، وغير مشوب بعيب يفسده كالغلط والتدليس والاكراه .

وقد عنى الفقهاء المسلمون عناية كبيرة بصيغة العقد ويرجع ذلك الى النزعة الموضوعية للفقهاء الاسلامى وأول وأبرز آثار هذه النزعة الوقوف عند الإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة .

وقد اعتمد الفقهاء فى ذلك على أن الإرادة الظاهرة هى المظهر الخارجى للتعبير عن الإرادة الباطنة ولذا فقد وقفوا عند اللفظ أولا - قبل الكتابة وقبل الإشارة وقبل أى مظهر خارجى آخر تستشف منه هذه الإرادة .

ويبين من استعراض الفقه الاسلامى أنه وقف عند قواعد ثلاث يمكن أن نستخلص منها مبدأ عاما فى هذا الخصوص ، وسنعرض فيما يلى لهذه القواعد ثم

نتطرق الى المبدأ العام .

ويمكن القول إن القاعدة الأولى تقضى بأن كل لفظ تتمحض صيغته للحال ، يؤخذ فيه بالارادة الظاهرة وينعقد به العقد ، لأن الارادة الظاهرة هنا واضحة فلا يعدل عنها الى الارادة الباطنة .

والقاعدة الثانية تقضى بأن كل لفظ تحتل صيغته الحال والاستقبال يؤخذ فيه بالارادة الباطنة ، لأن الارادة الظاهرة هنا غير واضحة ، فتعين الأخذ بالنية وهى الارادة الباطنة .

والقاعدة الثالثة تقضى بأن كل لفظ تتمحض صيغته للاستقبال يؤخذ فيه بالارادة الظاهرة ولا ينعقد به العقد ، لأن الارادة الظاهرة هنا واضحة فلا يعدل عنها الى الارادة الباطنة .

أما المبدأ العام الذى نخرج به من مجموع هذه القواعد الثلاث فهو أن الأصل فى صيغة العقد الأخذ بالارادة الظاهرة اذا كانت هذه الارادة واضحة فان كانت الصيغة للحال انعقد العقد ، وان كانت للاستقبال لا ينعقد . أما إذا كانت الارادة الظاهرة غير واضحة بأن احتملت الصيغة الحال والاستقبال ، تعين الرجوع الى النية أى الى الارادة الباطنة ، فان انصرفت هذه الارادة الى الايجاب انعقد العقد ، والا فانه لا ينعقد .^(١)

وينعقد العقد لدى الفقهاء المسلمين عندما يتبادل طرفاه الايجاب والقبول المتطابقين باللفظ ، كما يمكن التعبير عن الارادة عندهم بمظاهر خارجية أخرى غير اللفظ هى :

١ - الكتابة .

٢ - الاشارة .

٣ - التعاطى .

٤ - أى موقف آخر يدل على الرضاء .

(١) انظر الفتاوى الهندية جزء ٣ ص ٤ وانظر كذلك د . السنهورى مصادر الحق فى الفقه

الاسلامى المرجع السابق الجزء (١) ص ٩٠

٥ - السكوت .

وسنعرض فيما يلي لهذه المظاهر الخارجية للتعبير عن الإرادة .

١ - الكتابة :

الأصل في الفقه الاسلامي ان الايجاب والقبول لا بد من اقتران احدهما بالآخر في محل واحد كما سيأتي . فاذا أوجب احد الطرفين في غياب الطرف الآخر ووصل الايجاب الى مجلس القابل عن طريق الرسالة الشفوية أو الكتابة وينقل الايجاب ماديا إلى مجلس القبول فيكون اقتران القبول بالايجاب قد وقع في مجلس واحد .

وينقل الرسول الايجاب نقلا ماديا وفي هذا يختلف عن النائب الذي يعبر عن ارادته لا عن ارادة الاصيل ، واذا نقل الرسول الايجاب الشفوي للطرف الآخر ، وقبل هذا في مجلس اداء الرسالة ، انعقد العقد ، لأن الرسول ناقل فلما قبل العاقد الاخر اتصل لفظه بلفظ الموجب حكما .

وتسرى على الكتابة احكام الرسالة الشفوية ، فلو أرسل الموجب إيجابه في خطاب أو كتاب فقبل المرسل اليه هذا الايجاب في مجلس بلوغ الخطاب انعقد العقد ، ويجوز أن ينعقد العقد بالكتابة من الجانبين .

هذه هي أحكام التعبير عن الإرادة بالكتابة على الراجح في الفقه الاسلامي وعلى تفصيل في المذاهب الاسلامية لا مجال للتعرض هنا لدراساتها بتفصيل وان كان من الجدير بالذكر ان بعض المذاهب الاسلامية لا تحيز الكتابة في انعقاد العقد الا للآخرس كالشافعية والزيدية .

٢ - الإشارة :

يجوز على الراجح في الفقه الاسلامي انعقاد العقد بالإشارة ، وان كانت بعض المذاهب الاسلامية كالشافعية والزيدية لا تحيز انعقاد العقد بالإشارة لغير الآخرس^(١) . أما مذهب الامام مالك فهو أوسع المذاهب جميعا في هذا الموضوع ويساير بمرونة كبيرة مقتضيات التعامل^(٢) .

(١) انظر المنتزع المختار ٩٣

(٢) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣ ص ٣ ، وانظر كذلك الصاوي على الشرح الصغير ٢ ص ٣ .

٣ - التعاطى :

يجوز على الراجح فى الفقه الاسلامى التعبير عن الارادة بالتعاطى او المعاطاة والتعاقد بالتعاطى أو بالمعاطاة هو التعاقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى ، وقد اختلفت المذاهب فى جواز ذلك . فالشافعى لا يميز التعاقد الا باللفظ عند الامكان ومن ثم لا يميز التعاقد بالتعاطى . وعلى عكس ذلك يميز المالكية التعاقد بالتعاطى . ويجوز فى المذهبين الحنفى والحنبلى التعاقد بالتعاطى على تفصيل لسنا فى مجال التعرض له .

٤ - أى موقف آخر يدل على الرضاء :

يمكن القول بوجه عام إن أغلب مذاهب الفقه الاسلامى تميل على الراجح منها الى العدول عن مذهب اللفظية الضيق الذى التزمه الامام الشافعى فى بعض الروايات عنه ، والى اعتبار التعاقد جائزا بالرسالة الشفوية وبالكتابه وبالإشارة وبالتعاطى ، لدلالة كل ذلك على التراضى ، وعلى ذلك يجوز التعاقد باتخاذ أى موقف لاندع ظروف الحال شكاً فى دلالة على التراضى^(١) وفى هذا يتلاقى الفقه الاسلامى مع الفقه الغربى .

٥ - السكوت :

يختلف السكوت كمظهر للتعبير عن الارادة عن جميع المظاهر السابقة فى أنه موقف سلبي ، فنظراً لأن الساكت لم يعبر بطريق ايجابى عن أية ارادة فقد درج فى الفقه الاسلامى اصطلاح « لا ينسب لساكت قول » ويصدق هذا فى الواقع على الايجاب دون القبول ، فالايجاب لا يمكن أن يستخلص من محض السكوت

(١) انظر فى هذا الخصوص فى الفقه الحنفى الزيلعى جزء ٤ ص ٤ والسرخسى فى المبسوط جزء ١١ ص ١٥٠ والكاسانى فى البدائع جزء ٥ ص ٢٦١-٢٦٢ و ٢٧٠ وابن عابدين جزء ٤ ص ٩ و ١٦-١٧ وانظر فى مذهب الامام مالك المغنى جزء ٤ ص ٤ والمحطاب جزء ٤ ص ٢٢٨ وانظر فى مذهب الامام احمد المغنى جزء ٤ ص ٤ ، وانظر كذلك فى هذا الخصوص من الفقهاء المسلمين المحدثين الشيخ على الحفيف : احكام المعاملات الشرعية ص ١٥٥ - ١٥٦ وانظر كذلك الشيخ محمد ابوزهرة : الملكية ونظرية العقد ص ٢٠٥ - ٢٠٦ والدكتور محمد يوسف موسى : الاموال ونظرية العقد فى الفقه الاسلامى ص ٢٧٢ - ٢٧٣ .

اما القبول فيجوز استخلاصه عند السكوت من الظروف الملازمة للسكوت
ولذلك قيل تكملة للعبارة الأولى ، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ،
ولذلك يمكن ان يعد السكوت قبولا اذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه اليه
كسكوت المتصدق عليه والموقوف عليه مثلا ، وسكوت البكر عن التصريح
بالرضا في الزواج وسكوت المشتري الذي يتسلم البضائع بعد أن سلمت اليه مع
قائمة وشروط الثمن .

ويتصل بدراسة ركن التراضي نظرية مجلس العقد ، وشروط صحة التراضي
وهو ماسنعرض له فيما يلي :

أولا : نظرية مجلس العقد :

أوجب الفقهاء المسلمون أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد ، فاتحاد
المجلس شرط لانعقاد العقد وتهدف نظرية مجلس العقد الى تحديد المدة التي
يصح أن تفصل القبول عن الإيجاب ، حتى يتمكن من عرض عليه الإيجاب
من المتعاقدين أن يتدبر أمره فيقبل الإيجاب أو يرفضه .

ومجلس العقد هو المكان الذي يجتمع فيه المتعاقدان ويبدأ من وقت صدور
الإيجاب . ويبقى مادام المتعاقدان منصرفين الى التعاقد ولم يبعد إعراض من أى
منهما أو رفض للتعاقد .

وينفرض المجلس باعراض أحدهما . كذلك ينفض المجلس إذا قام أحدهما
وترك المكان الذي صدر فيه الإيجاب .

كما ينفض المجلس ايضا اذا رد المتعاقد الاخر على الإيجاب ، بالقبول
أو بالرفض ويسقط الإيجاب اذا انقض مجلس العقد دون قبول ، ولا ينعقد العقد
إذا صدر القبول بعد ذلك وانما يعد القبول إيجابا مبتدأ . لا بد فيه من قبول
المتعاقد الأول في مجلس الإيجاب المبتدأ حتى ينعقد العقد .

ويترتب على نظرية مجلس العقد النتائج الثلاث الآتية :

١ - أن يكون للمخاطب بالإيجاب خيار القبول إلى أن ينفض مجلس العقد

فما دام مجلس العقد قائما لم ينفض ، كان للمتعاقد الذي وجه اليه الإيجاب ان

يقبله أو يرفضه .

٢ - أن يكون للموجب خيار الرجوع عن إيجابه الى أن يصدر أو ينفض المجلس .

٣ - أن يكون لكل من المتعاقدين خيار المجلس في مذهب الشافعى وفي مذهب أحمد ويوجب الشافعى الفورى القبول ولما كان الفور يضيع على القابل فرصة التدبر والتأمل ، فقد عوض عن ذلك بخيار المجلس ، فله أن يرجع عن قبوله الفورى مادام المجلس قائما لم ينفض ، فتتاح له بذلك فرصة للتدبر وعلى ذلك فان القبول كالإيجاب ، غير ملزم في مذهبي الشافعى وأحمد ، وأن مجلس العقد كما يحدد متى يجوز للموجب أن يرجع في الإيجاب ، وكما يحدد متى يجوز لمن وجه اليه الإيجاب أن يقبل ، يحدد كذلك متى يجوز لكل من القابل والموجب أن يرجع في العقد اذ ان مجلس العقد هو الوقت الذى يجوز فيه استعمال خيار القبول وخيار الرجوع وخيار المجلس ، ولذا كانت هذه الخيارات الثلاثة هى النتائج الرئيسية لمجلس العقد^(١) .

ولابد لانعقاد العقد من أن يتطابق الإيجاب والقبول تطابقا كاملا على محل العقد فيجب الا يتغير محل العقد بين الإيجاب والقبول .

ويجب أن يتم التعاقد بين الغائبين ، كذلك في مجلس العقد . وللموجب فيه خيار الرجوع في إيجابه ، وللمتعاقدا الآخر خيار القبول . ويجب فيه مطابقة القبول للإيجاب على النحو الذى فصلناه في التعاقد بين الحاضرين .

ويتم العقد بين الغائبين ، في الفقه الإسلامى . باعلان القبول ولا يشترط علم الموجب بالقبول اما اذا كان التعاقد بين الحاضرين فيشترط فيه سماع الموجب للقبول ، فكل ما يشترط في التعاقد بين الغائبين أن يكون الموجب قد اراد تبليغ إيجابه للمتعاقدا الآخر .

وينتج العدول عن الإيجاب في الفقه الإسلامى على رأى الراجح أنه ولو لم يسمعه أو يعرف به المتعاقد الآخر .

(١) انظر الشعرانى في الميزان جزء ٢ ص ٧٣ وذلك بصدد المقارنة بين مذهب الخيار ومذهب عدم الخيار .

ويقبر الفقه الاسلامى بوجه عام بيع المزاد ويسميه « بيع من يزيد »^(١)
ويكره الفقه الاسلامى بوجه عام وفى مختلف مذاهبه الاحتكار ومن هذا المنطلق
ينظر الى عقود الإذعان .^(٢)
ثانيا : شروط صحة التراضى :

لايكفى أن يكون التراضى موجودا ، بل يجب أيضا أن يكون صحيحا غير
مشوب بعيب يفسده .

والتراضى فى الفقه الاسلامى والفقه الغربى لا يكون صحيحا الا اذا كان
صادرا من ذى أهلية ولم يكن مشوبا بعيب من عيوب الارادة .
وعلى ذلك فيجب أن يبلغ المتعاقد سن الرشد ، وأن يكون عند بلوغه تلك
السن عاقلا رشيدا غير مصاب بعاهة فى العقل .
ويجب كذلك لصحة التراضى ألا يشوب الارادة عيب وعيوب الارادة هى
الغلط والتدليس والاكراه فى كل من الفقه الاسلامى والفقه الغربى .

ويجب التمييز بين ارادة غير موجودة وارادة معيبة . فالارادة غير الموجودة هى
مجرد مظهر خارجى لارادة موهومة لاحقيقة لها . مثل ذلك الارادة التى تصدر من
المجنون أو الصبى غير المميز أو السكران أو الهازل، فهذه الارادة لا وجود لها ، لأن
مناط الارادة التمييز ، وإذا انعدم التمييز كان العقد باطلا ، أما الارادة المعيبة
فهى ارادة موجودة ، ولكنها صدرت من شخص على غير بينة من أمره - وهذا
هو الغلط والتدليس - أو غير حر فى ارادته - وهذا هو الاكراه .

والفقه الاسلامى - ونزعتة موضوعية واضحة - يعتد بهذه العيوب جميعا وهو
يهتم بالدرجة الأولى بالاكراه ، حتى عقد له قسما قائما بذاته يتميز به عن سائر
الموضوعات . ويعتد بعد ذلك بالتدليس ، فالتدليس معروف فى بعض المذاهب
بهذا الاسم بالذات .

(١) انظر البدائع جزء ٥ ص ٢٣٢ - ٢٣٣ .

(٢) أنظر الفتاوى الهندية جزء ٣ ص ٢١٣ - ٢١٤ والمدونة الكبرى جزء ١٠ ص ٢٣ والمهذب
جزء ١ ص ٢٩٢ والمغنى جزء ٤ ص ٢٨٢ - ٢٨٣ .

والغلط هو في الفقه الاسلامي أقل عيوب الارادة أهمية ، إذ هو أكثر العيوب نزعة ذاتية .

المطلب الثاني

ركن المحل

محل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم المدين للقيام به . والمحل ركن في الالتزام لا في العقد ، ومحل الالتزام غير التعاقدى يتولى القانون تعيينه ، اما محل الالتزام التعاقدى ، فان المتعاقدين هما اللذان يقومان بتعيينه ، ومن ثم يجب عليهما مراعاة استيفائه للشروط التى يتطلبها القانون أو النظام ولذا فالمحل يذكر عادة مقترنا بالعقد .

ويشترط الفقه الاسلامي والفقه الغربى في محل الالتزام الشروط الآتية :

- ١ - أن يكون موجودا إذا كان شيئا .
- ٢ - أن يكون ممكنا إذا كان عملا أو امتناعا عن عمل .
- ٣ - أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين .
- ٤ - أن يكون صالحاً للتعامل فيه .

أولاً : يشترط أن يكون محل الالتزام التعاقدى موجودا اذا كان شيئا :

يشترط في الفقه الغربى أن يكون محل الالتزام موجودا أو قابلاً للوجود في المستقبل سواء أكان محقق الوجود أو محتمل الوجود ، وفي الحالة الاخيرة عندما يكون العقد واقعا على شيء مستقل محتمل الوجود دون أن يكون العقد معلقا على شرط وجوده يكون العقد احتمالياً أو عقد غرر وهو عقد جائز بوجه عام في التشريعات الغربية ووفقا للفقه الغربى على تفصيل في ذلك لسنا في مجال التعرض له .

ويشترط الفقه الاسلامي بوجه عام أن يكون المحل موجودا فعلا وقت التعاقد فان لم يكن موجودا وقت التعاقد فالعقد باطل ، حتى اذا كان المحل محتمل الوجود بل حتى لو كان محقق الوجود في المستقبل .

ويجعل الفقه الاسلامى بيع المعدوم باطلا امعانا في الخشية من الغرر ويحرم الفقه الاسلامى الغرر والربا وتعدد الصفقة في العقد الواحد .

ويشترط الفقهاء المسلمون أن يكون المبيع موجودا وقت البيع ، لانه اذا لم يكن موجودا - حتى لو وجد في المستقبل - دخل عنصر الغرر ، وهم يحرمون على تجنبه . ويمكن في هذا الخصوص أن نميز بين فروض خمسة :

١ - الشيء بأكمله موجود وقت التعاقد .

٢ - الشيء في اصله موجود وقت التعاقد ثم يتكامل بعده .

٣ - الشيء غير موجود اصلا وقت التعاقد ولكنه محقق الوجود في المستقبل .

٤ - الشيء غير موجود اصلا وقت التعاقد أو موجود في أصله وهو غير محقق الوجود في المستقبل .

٥ - الشيء غير موجود اصلا وقت التعاقد وهو لن يوجد في المستقبل أى أن انعدام الشيء محقق وقت التعاقد وبعده .

من هذه الفروض الخمسة يوجد فرضان - الأول والأخير - ينتفى فيها عنصر الغرر بتاتا فالشيء الموجود بأكمله وقت التعاقد يصح التعاقد عليه وفقا لاتجاهات كل من الفقه الغربى والفقه الاسلامى . والشيء غير الموجود اصلا وقت التعاقد وبعده يكون التعاقد عليه باطلا ، في كل من الفقه الغربى والفقه الاسلامى كذلك ، اما الفروض الثلاثة الباقية فيصح التعاقد فيها بوجه عام وفقا للفقه الغربى ، بينما يحتاج الحكم في شأنها الى تفصيل في الفقه الاسلامى -

اما الفرض الاول حيث الشيء في اصله موجود وقت التعاقد ثم يتكامل بعده مثل بيع الزرع والثمر بعد الطلوع وقبل بدو الصلاح فتجيز المذاهب الاسلامية بوجه عام بيعها بشرط القطع ، وقد جاء في بداية المجتهد لابن رشد تلخيص كامل للمذاهب الاسلامية في هذا الشأن ، وما قاله ما يأتى :

«وأما بيع الثمار فانه ثبت عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن بيعها حتى يبدو صلاحها وحتى ترمى . ويتعلق بذلك مسائل مشهورة نذكر نحن منها عيونها وذلك أن بيع الثمار لا يخلو أن يكون قبل أن تخلق أو بعد أن تخلق . ثم إذا خلقت

لا يخلو أن تكون بعد الصرام أوقبله . ثم إذا كان قبل الصرام فلا يخلو أن تكون قبل أن ترهى أو بعد أن ترهى . « وكل واحد من هذين لا يخلو أن يكون بيعا مطلقا أو بشرط التبقية أو بشرط القطع » .

أما القسم الأول وهو بيع الثمار قبل أن تخلق . فجميع العلماء متفقون على منع ذلك . . وأما بيعها بعد الصرام فلا خوف في جوازه . وأما بيعها بعد أن خلقت فأكثر العلماء على جواز ذلك على التفصيل الذى نذكره ، الا مما روى عن أبى سلمة بن عبد الرحمن وعن عكرمة انه لا يجوز الا بعد الصرام . فاذا قلنا بقول الجمهور انه يجوز قبل الصرام ، فلا يخلو أن تكون بعد أن ترهى أو قبل أن ترهى وقد قلنا ان ذلك لا يخلو أن يكون بيعا مطلقا أو بيعا بشرط القطع أو بشرط التبقية فاما بيعها قبل الزهو بشرط القطع فلا خلاف في جوازه الا ما روى عن الثورى وابن أبى ليلى من منع ذلك وهى رواية ضعيفة . وأما بيعها قبل الزهو بشرط التبقية فلا خلاف في انه لا يجوز والا ما ذكره اللخمي في جوازه تخريجا على المذهب . وأما بيعها قبل الزهو مطلقا ، فاختلف في ذلك فقهاء الامصار . فجمهورهم على أنه لا يجوز مالك والشافعى واحمد واسحاق والليث والثورى وغيرهم . وقال ابو حنيفة يجوز ذلك الا انه يلزم المشتري عنده فيه القطع ، لا من جهة ما هو . بيع ما لم يره ، بل من جهة أن ذلك شرط عنده في بيع الثمر على ما سيأتى بعد . أما دليل الجمهور على منع بيعها مطلقا قبل الزهو فالحديث الثالث عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها ، نهى البائع والمشتري ، فعلم أن ما بعد الغاية بخلاف ما قبل الغاية ، وان هذا النهى يتناول البيع المطلق والبيع بشرط التبقية . ولما ظهر للجمهور أن المعنى في هذا خوف ما يصيب الثمار من الجائحة غالبا قبل أن ترهى لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أنس بن مالك بعد نهيه عن بيع الثمرة قبل الزهو : أرايت إن أ منع الله الثمرة فيم يأخذ أحدكم مال أخيه . لم يحمل العلماء النهى على الإطلاق أى النهى عن البيع قبل الإزهاء ، بل رأت أن معنى النهى هو بيعه بشرط التبقية الى الإزهاء ، فأجازوا بيعها قبل الإزهاء بشرط القطع

واختلفوا اذا ورد البيع مطلقا في هذه الحال . هل يحمل على القطع وهو الجائز . أو على التبقية الممنوعة ؟ فمن حمل الاطلاق على التبقية أو رأى أن النهى يتناوله بعمومه قال لا يجوز ، ومن حمله على القطع قال يجوز . والمشهور عن مالك أن الاطلاق محمول على التبقية ، وقد قيل عنه انه محمول على القطع واما الكوفيون فحججتهم في بيع الثمار مطلقا قبل أن تزهى حديث ابن عمر الثابت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من باع نخلة قد ابرت فتمرتها للبائع الا ان يشترطها المبتاع . قالوا فلما جازان يشترطه المبتاع جاز بيعه مفردا ، وحملوا الحديث الوارد بالنهى على بيع الثمار قبل أن تزهى على لئدب واحتجوا لذلك بما روى عن زيد بن ثابت قال كان الناس في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يتبايعون الثمار قبل أن يبدو صلاحها ، فاذا جد الناس وحضر تقاضيهما ، قال المبتاع اصاب الثمر الزمان . . وامراض العاهات يذكرونها ، فلما كثرت خصومتهم عند النبي قال كالمشورة يشير بها عليهم لاتباعوا الثمر حتى يبدو صلاحه . وربما قالوا ان المعنى الذى دل عليه الحديث في قوله حتى يبدو صلاحه هو ظهور الثمرة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام : أرأيت إن أمنع الله الثمرة فبم يأخذ أحدكم مال أخيه ! وقد كان يجب على من قال من الكوفيين بهذا القول ، ولم يكن يرى رأى ابي حنيفة في أن من ضرورة بيع الثمار القطع ، أن يجيز بيع الثمر قبل بدو صلاحها على شرط التبقية .^(١)

وهناك تطور يخفف من شدة بعض الاحكام السابقة نوردها فيما يلي :

١ - يستحسن محمد - جواز بيع الزرع قبل بدو صلاحه ، وبشرط الترك ، اذ تناهى عظمه : « لأن مدة الترك يسيرة ، وقد يتحمل السير فيما لا يتحمل فيه الكثير مع أنه لا يؤخذ للزيادة من ملك البائع بعد هذا » .

٢ - أنه وان كان ابو حنيفة وأبو يوسف يريان أن البيع فاسد في الفرض السابق فانها مع ذلك يجيزان في البيع المطلق أن يترك المشتري الزرع فعلا في الارض حتى ينضج ، باذن معتبر من البائع - سواء كان الاذن مجردا أو كان اذنا

(١) انظر بداية المجتهد لابن رشد جزء ٢ ص ١٢٢ - ١٢٦

ضمن اجارة باطللة - وتطيب الزيادة في هذه الحالة للمشتري فلايجب عليه التصديق بها .

٣ - وإذا كانت الأئمة الثلاثة - ابو حنيفة وابويوسف ومحمد - يرون أن البيع بشرط الترك فاسد فيما لم يتناه عظمه ، فانهم جميعا في هذه الحالة يجيزون في البيع المطلق ترك الزرع فعلا في الأرض حتى ينضج باذن معتبر من البائع ، وتطيب الزيادة للمشتري على الوجه السالف الذكر .

٤ - اما اذا لم يكن هناك اذن معتبر - بان لم يوجد الاذن اصلا أو كان الاذن ضمن اجارة فاسدة - فانه يجوز مع ذلك ترك الزرع في الارض فعلا ، بل تطيب الزيادة للمشتري فيما تناهى عظمه من الزرع فلايتصدق بها ، وقد رأينا ان محمداً يذهب الى أبعد من ذلك ، فيجيز البيع بشرط الترك فيما تناهى عظمه .

٥ - وحتى في الزرع الذى لم يتناه عظمه ، اذا بيع مطلقا ، ولم يكن هناك إذن معتبر فانه يجوز مع ذلك ترك الزرع في الارض فعلا حتى ينضج . وإذا كانت الزيادة في هذه الحالة لا تطيب للمشتري وعليه أن يتصدق بها ، فان هذا الحكم لايتعلق بالقضاء بل هوحكم في الدين ، أما في القضاء فان الزيادة تكون ملكا للمشتري ، والا لما جاز له أن يتصدق بها .^(١)

وإذا كان الحنفية والشافعية والحنابلة يجيزون بيع مظهر من الزرع دون ما لم يظهر ، مع شيء من التردد في المذهب الحنفى في جواز البيع حتى فيما لم يظهر فالمالكية يجيزون بيع مظهر من الزرع ومالم يظهر على السواء ، وذلك رغبة منهم في تيسير التعامل .^(٢)

اما في الفرض الثانى الذى يرد فيه محل الالتزام على شيء غير موجود اصلا وقت التعاقد ولكنه محقق الوجود في المستقبل فقد اجمع الفقهاء المسلمون على مختلف المذاهب الاربعة في هذه الحالة على بطلان العقد حتى لو كان وجود الشيء

(١) انظر في هذا السهوى : مصادر الحق في الفقه الاسلامى دراسة مقارنة بالفقه الغربى الجزء

٣ سنة ١٩٥٣ - سنة ١٩٥٤م ص ٢٤ - ٢٥ .

(٢) السهوى المرجع السابق ص ٢٥

محققا في المستقبل . لقد سلم الفقهاء ، كما رأينا ، بان الشيء اذا كان موجودا في اصله دون ان يوجد كاملا - كالزراع أو الثمر الذي لم يبد صلاحه وكالزراع الذي يوجد بعضه بعد بعض - فهذا الوجود الاصلى وان لم يكن وجودا كاملا يكفي لجواز التعاقد اما انعدام الشيء اصلا ، فقد اعتبروا في هذه الحالة أن التعامل في شيء منعدم وقت التعاقد ينطوى في ذاته على غرر يفسد العقد . . على أن تعامل الناس والحاجة أوجدا استثناءين على هذا المبدأ إذ أجاز الفقه الاسلامى بيع المعدم في السلم والاستصناع .

اما في الفرض الثالث الذى يكون فيه محل التعامل غير موجود اصلا وقت التعاقد او كان موجودا في اصله ولكنه في الحالتين غير محقق الوجود في المستقبل فان له خطر المعدم ومن ثم يدخل عنصر الغرر من ذلك بيع اللبن في الضرع وبيع حمل الدابة في بطنها ، كل هذه بيوع تمكن فيها عنصر الغرر الفاحش ، فهي كالمقامرة لا تجوز ويعتبر العقد في هذه الحالة باطلا بوجه عام وفقا للمذاهب الاربعة التى تبطل العقود التى تنطوى على الغرر الفاحش

ثانيا : يشترط أن يكون محل الالتزام التعاقدى ممكنا إذا كان امتناعا عن عمل :

اشترط الفقه الاسلامى ان يكون محل الالتزام التعاقدى ممكنا ، وامكان المحل في الفقه الاسلامى هو القدرة على تسليمه ، ذلك أن المحل يجب أن يكون مقدور التسليم عند العقد .

واستحالة تسليم المحل أو المبيع تجعل العقد باطلا وفقا للفقه الاسلامى والفقه الغربى ، والاستحالة في الفقه الاسلامى ، كما هى في الفقه الغربى ، تجعل العقد باطلا . فاستحالة تسليم المبيع تبطل البيع . ويميز الفقه الاسلامى كالفقه الغربى ، بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية ، فالاولى دون الثانية هى التى تجعل العقد باطلا وان كانت هناك فروق في المعايير بين الفقه الاسلامى والفقه الغربى فضلا عن ان الفقه الاسلامى ايسر في تصور الاستحالة المطلقة .

ومثل الاستحالة المطلقة بيع الطير الذى كان فى يده اطار ، وبيع السمكة التى اخذها ثم القاها فى بحيرة اذا كان لا يمكنه اخذها دون الاصطياد ، اما اذا كان يمكنه اخذها من غير اصطياد فيجوز بيعها بلاخوف ، وكذلك بيع اللبن فى الضرع - وهو ايضا باطل للضرر كما قدمنا - وبيع الصوف على ظهر الغنم لاختلاط الموجود بالحادث .

ثالثا : يشترط ان يكون محل الالتزام التعاقدى معينا أو قابلا للتعين :
يذهب الفقه الغربى بوجه عام الى انه إذا كان محل الالتزام شيئا وجب ان تكون ذاتية الشيء معروفة للمتعاقدين اذا كان الشيء معينا بالذات ، فاذا وقع العقد على شيء غير معين بالذات وجب ان يعين بجنسه ونوعه ومقداره فاذا وقع العقد على عمل أو امتناع عن عمل وجب ان تكون محل الالتزام معينا أو قابلا للتعين .

أما فى الفقه الاسلامى فان المحل يتعين بالعلم به علما مانعا من الجهالة الفاحشة فالمحل يجب ان يكون معلوما علما يمنع من المنازعة فان كان مجهولا جهالة مفضية الى المنازعة فسد العقد ، والا كان العقد صحيحا .

ويجب فى هذا الخصوص التمييز بين فرضين : فاما أن يكون الشيء موجودا فى مجلس العقد واما أن يكون غائبا عن مجلس العقد .

فاذا كان الشيء موجودا فى مجلس العقد ، يكون العلم به بالاشارة اليه ، ولو كان فى مكان غير منظور كالسكر فى الكيس وهذا على مذهب الحنفية والحنابلة ، اما المالكية فلا يصح عندهم بيع الشيء الحاضر فى مجلس العقد الا برؤيته على هذا ايضا مذهب الشافعى .

اما اذا كان الشيء غائبا عن مجلس العقد فانه يجب للعلم به وصفه وصفا مانعا من الجهالة الفاحشة على مذاهب الحنفية والمالكية والحنابلة وهم فى هذا يتفقون مع الفقه الغربى ، اما الشافعى فى مذهبه الجديد فلا يتعين عنده الشيء بالبرؤية ويذهب مذهبه القديم الى الاتفاق مع المذاهب الاخرى .

وفى الفقه الاسلامى كما فى الفقه الغربى اذا وقع العقد على نقود وجب ان

تكون معينة بنوعها ومقدارها ويرى الفقهاء المسلمون انه اذا اطلق الثمن عن ذكر الصفة انصرف الى المتعارف من نقد البلد فاذا تعددت العملات في البلد الواحد ، وتساوت في الرواج مع التفاوت في المالبية ولم يعين العقد احداها كانت هناك جهالة مفضية الى المنازعة ، فيفسد العقد .

كذلك ففى الفقه الاسلامى كما فى الفقه الغربى لايجوز ترك تعيين الثمن لمحض ارادة المشتري ولابيع الشئ بقيمته دون تحديد ثمن يكون معينا أوقابلا للتعيين ويذهب الفقه الاسلامى فى وجوب تعيين المحل الى مدى ابعد من الفقه الغربى فلايجيز كما يجيز الفقه الغربى ، أن يترك تقدير الثمن الى حكم اجنبى ويعتبره مجهولا جهالة فاحشة فلا يصح البيع .

ومن هذا يبين ان الفقه الاسلامى والفقه الغربى يتفقان من حيث المبدأ فى وجوب تعيين المحل ، الا ان الفقه الاسلامى ، من حيث التطبيق ، يتطلب قدرا من التعيين اكبر من القدر الذى يتطلبه الفقه الغربى ، ويرجع ذلك الى ان الفقه الاسلامى يتجنب دائما مظنة الغرر .

واذا وقع العقد على عمل ، وجب فى الفقه الاسلامى كما فى الفقه الغربى ، ان يكون محل الالتزام معينا أوقابلا للتعيين . وذلك على نحو ماشرطه كل من الفقهاء المسلمين والغربيين فى عقد العمل وعقد الاجير المشترك وعقد الاستصناع .^(١)

رابعا : يشترط ان يكون محل الالتزام التعاقدى صالحا للتعامل فيه لا يجيز الفقه الاسلامى والفقه الغربى التعامل اذا تنافى فى هذا التعامل مع الغرض الذى خصص له الشئ .

وتأسيسا على ذلك لا يجيز الفقهاء المسلمون بيع الموقوف وان صح ايجاره ، ولا يجيزون بيع المسجد . والشئ لا يصلح للتعامل فيه فى الفقه الاسلامى اذا

(١) انظر البدائع المرجع السابق جزء (٤) ص ١٨٤ ، وانظر كذلك السنهورى مصادر الحق

فى الفقه الاسلامى المرجع السابق ص ٧٧

أبت طبيعة الشيء هذا التعامل فيشترط أن يكون المبيع مالا متقوما مملوكا . فغير المال ، والمال غير المتقوم ، والمال المتقوم غير المملوك ، كل ذلك تأبى طبيعته التعامل فيه وكل عقد يرد على أى من الأشياء السابقة مطلقا .

فلا يجوز بيع المال المتقوم كالخمر والخنزير ، وقد يكون المال متقوما ولكنه غير مملوك كالسمك فى البحر والطير فى الهواء فهذا مال مباح لا يجوز التعامل فيه حتى يمتلك ويستولى عليه وهذا ما يذهب اليه بوجه عام الفقه الغربى ايضا . ولا يجوز التعامل فيما يتعارض مع النظام العام والآداب العامة فى الفقه الغربى وتعتبر القاعدة من قواعد النظام العام اذا قصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية واقتصادية او اجتماعية تتعلق بالمصلحة العليا للمجتمع وتعلو على المصلحة الفردية ، اما الآداب العامة فهى مجموعة القواعد التى تتحد فى أمة معينة وفى جيل معين تخط السلوك الانسانى وفقا للتقاليد والعادات والمعتقدات الموروثة .

ويقابل فكرة النظام العام والآداب العامة فى الفقه الغربى ما يعرف عند فقهاء المسلمين (بحق الله) أو حق الشرع وحق الله أو حق الشرع يتجاوز ويزيد عن دائرة النظام العام والآداب كما يعرفها الفقه الغربى ، ويمكن ان نقول ان كثيرا من تطبيقات النظام العام والآداب فى الفقه الغربى ، بالرغم من انها تعكس حضارة وتقاليد البيئة والجيل الا أنه يمكن ان تدخل فى اطار ما يعتبر خارج دائرة التعامل فى الفقه الاسلامى ، ومن ذلك عدم جواز التنازل عن الحرية الشخصية فى الفقه الاسلامى واذا بيع انسان على أنه عبد وكان حرا فان البيع باطل واذا كان الرق مباحا فى الفقه الاسلامى فهذه حضارة العصور السابقة لم ينج منها عصر واحد فقد اعتبر ارسطو الرق قانونا طبيعيا ولكن الاسلام لم يبيع الرق ابتداء وانما اقتصر على تهذيب احكامه ووضع القواعد التى تكفل القضاء عليه تدريجيا ، كذلك لا تجوز الرشوة او الوساطة فى الوظائف العامة وفقا للفقه الاسلامى وبعد هذا عملا غير مشروع فالاتفاق عليه باطل ، ولا يجوز النزول عن العقوبات العامة ولا الصلح عليها ولا الإبراء منها ولا يجوز تعديل الحالة المدنية باتفاق خاص ، فلا يصح النزول عن البتة ولا الصلح

على النسب بل ان التبنى غير جائز في الفقه الاسلامى ، ولا يستطيع ولا يستطيع شخص ان ينزل عن اهليته أو يزيد فيها أو ينقص منها بالاتفاق وتقع امثال هذه الاتفاقات باطلة بطلاناً مطلقاً . ولا يجوز الفقه الاسلامى النزول مقدماً عن حق مطالبة من يجب عليه النفقة له ، كما لا يجوز الفقهاء المسلمون بوجه عام عقود الغرر والربا .

المطلب الثالث

ركن السبب

اصطلاح السبب مرادف لكلمة غاية ، أى الغرض الذى يرمى الى تحقيقه من يلتزم بمقتضى العقد ، أى السبب القصدى .

تعتبر الغاية عنصراً من عناصر ارادة التعاقد الذى يلتزم بحيث يمكن القول بأن كل شخص يلتزم انما يرمى من وراء تعاقدته الى تحقيق غاية معينة ، والوصول الى هدف معين . فارادته مؤسسة دائماً على الرغبة فى الوصول الى نتيجة او تحقيق غرض فمن المستحيل ان تعمل الارادة بدون سبب ، وبعبارة اخرى تعتبر الغاية عنصراً من عناصر الارادة المنتشئة للالتزام ، فلا التزام بدون غاية فكل فرد يتعاقد يبدأ بأن يلتزم ، ولكنه يقصد تحقيق غرض معين ، ويختلف هذا الغرض تبعاً لطبيعة الالتزام ، أى تبعاً لطبيعة العقد الذى يتولد عنه الالتزام .

وتختلف المذاهب الاسلامية فى نظرتها الى سبب الالتزام التعاقدى فمن هذه المذاهب ما يختلط فيه السبب بالمحل فلا يعتد بالسبب أى بالبائع على التعاقد الا حيث يتضمنه التعبير عن الارادة فاذا لم يتضمن التعبير عن الارادة السبب أو البائع على التعاقد لا يعتد به وهذا ما أخذ به الفقه الحنفى والفقه الشافعى وهو يطابق الفقه الالمانى الذى لا يعتد بالسبب كذلك أو بالبائع الا اذا تضمنه التعبير عن الارادة .

ومن المذاهب الاسلامية ما تغلب فيه العوامل الادبية والخلقية والدينية فيعتد

بالباعث ولو لم يتضمنه التعبير عن الارادة وهذا ما أخذ به الفقه المالكي والفقه الحنبلي وفي بعض المذاهب الاخرى من غير مذاهب اهل السنة كمذهب الزيدية والجعفرية والظاهرية وهذا الفكر يطابق الفقه اللاتيني الذي يعتد بالباعث على التعاقد ولو لم يتضمنه التعبير عن الارادة ويكون العقد تبعا لذلك صحيحا أو تبعا لما اذا كان الباعث مشروعا أو غير مشروع .

الفصل الثاني أحكام العقد

المبحث الأول : العقد شريعة المتعاقدين

من المبادئ القانونية العامة ان العقد شريعة المتعاقدين أى أن المتعاقدين ملزمون بمرعاة شروط العقد كما يلتزمون باتباع قواعد القانون ، وبعبارة اخرى يجب عليهم احترام العقد وتنفيذ شروطه كما يجب على سائر الافراد اطاعة او امر القانون فيلتزمون بتنفيذ ما ابرموه من تعهدات كما لو كانت مفروضة قانونيا .
وسواء ورد النص على هذا المبدأ في مختلف التشريعات أو لم يرد ، فان ذلك لا ينفي كونه مقررا في سائر التشريعات العالمية .
آثار القوة الملزمة للعقد :-

- يمكن تلخيص آثار القوة الملزمة للعقد فيما يأتي :-
- الاثر الاول : التزام المتعاقد بتنفيذ ما تعهد به بالذات .
- الاثر الثاني : اذا تأخر المتعاقد في التنفيذ وامتنع عن تنفيذ التزامه فانه يلزم بالتعويض قبل المتعاقد الاخر .
- الاثر الثالث : لا يمكن انهاء العقد الا بتوافق جديد بين المتعاقدين ، ويظل المتعاقدان مادام العقد قائما ملتزمين بما تحملا به من التزامات .
- الاثر الرابع : ليس للقاضي ان يعدل في شروط العقد ، بل انه ملزم باحترامها

طلما أن العقد لا يحتوى على شرط غير مشروع أو مخالف للنظام العام أو الاداب .

وفيا إلى بيان لهذه الآثار بشيء من التفصيل :

اولا : الالتزام بما تعهد به المتعاقد بالذات :

يلتزم المتعاقد بتنفيذ ما تعهد به والقيام بما وعد ان يؤديه ويمكن اجباره على ذلك بتدخل السلطة العامة ، ولئن تعاقد معه حق الزامه بتنفيذ ما تعهد به بالذات . ولا يلزم بالاكْتفاء بمجرد التعويضات ، فطلما ان التعهد ممكن تنفيذه عينا فللمتعاقد الحق في طلب التنفيذ المباشر .

ثانيا : الحق في التعويض للاخلال بالالتزام التعاقدى .

اذا تأخر المتعاقد في التنفيذ فانه يكون مسئولاً قبل دائه عن تعويض الضرر الذى لحقه من جراء هذا التأخير ، وهذا ما يسمى بتعويض التأخير . فاذا أجل المدين بالتزامه أو امتنع عن تنفيذه ، وكان لا يمكن قهره على التنفيذ العيني فانه يلتزم بدفع تعويض عن عدم التنفيذ يوازى الضرر الحاصل للمتعاقد الاخر والتعويضات المستحقة لعدم التنفيذ ان تعوض بالضبط الخسارة او الضرر الذى لحق بالدائن من جراء عدم التنفيذ فهى عبارة عن تعويض ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب بسبب عدم تمام الصفقة ، فعناصر تقدير التعويض هى الخسارة المحققة والكسب المفقود ..

والمدین المتعاقد لا يعفى من التعويضات الا اذا كان عدم التنفيذ راجعا الى سبب خارج عن ارادته ولا تمكن نسبته اليه .

ثالثا : عدم جواز انتهاء العقد بارادة منفردة :

الاصل انه لا يمكن إنهاء العقد الا باتفاق جديد أو لسبب يميزه القانون ، فليس في وسع احد العاقدین ان يتخلص من تعهده بارادته وحده ولو لم ينفذ المتعاقد الاخر ، ولكن القانون يصرح بإمكان إنهاء العقد للأسباب التى يميزها وهذه الأسباب هى الآتية :

١ - فى حالة العقود التبادلية : اذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه

يستطيع الطرف الاخر ان يرفع دعوى المطالبة بفسخ العقد ، فمجرد عدم قيام احد الطرفين بتنفيذ التزامه لا يكفي لفسخ العقد ، ولكنه يجيز للطرف ان يطالب امام القضاء بفسخه ، وهذه القاعدة لا تنطبق الا على العقود التبادلية ..

٢ - حالات انتهاء العقد بقوة القانون : فمثلا في الايجار اذا هلك الشيء المؤجر ينتهى عقد الايجار بقوة القانون ، وكذلك في شركات الاشخاص ينتهى العقد بموت أحد الشركاء كما ينتهى عقد العمل بقوة النظام فى حالة وفاة العامل .

٣ - وفى حالات استثنائية يمكن انتهاء العقد بارادة احد الطرفين فحسب : ففى العقود غير المحددة المدة يستطيع احد المتعاقدين ان ينهى العقد بارادته وحده ، ففى حالة ايجار العقارات مثلا اذا كان الايجار حاصلًا لمدة غير معينة فانه يجوز لكل من الطرفين ، المستأجر أو المؤجر ، ان ينهى العقد بشرط مراعاة القواعد الخاصة بمهلة التخلية . كذلك فى عقد العمل غير المحدد المدة لكل من رب العمل والعامل ان ينهى العقد بارادته المنفردة ، مع مراعاة شروط النظام العام او العقد فى هذا الخصوص .

ومن ذلك ايضا الجمعيات المكونة لمدة غير محددة ، وهذه هى الحالة الغالبة فى الجمعيات ، يستطيع كل عضو أن ينسحب من الجمعية فى أى وقت .
رابعاً : لا يجوز للقاضى كقاعدة عامة تغيير شروط العقد :
ليس للقاضى أن يعدل فى شروط العقد الواضحة حتى ولو بدا له انها لا تتفق مع العدالة الا فى احوال استثنائية ووفقا لاحكام النظام .

المبحث الثانى : انحلال القوة الملزمة للعقد

تنحل القوة الملزمة للعقد اما بفسخه أو الغائه أو الرجوع فيه أو بطلانه . وكل ما بين الفسخ والالغاء من خلاف هو ان الفسخ ينهى العقد بأثر رجعى ،

فترد الحالة الى ما كانت عليه قبل انعقاده بأن يرد كل من الطرفين ما قبضه الى الطرف الاخر اما الالغاء فانه ينهى العقد بالنسبة للمستقبل فقط دون تأثير على الماضي وذلك كالغاء الوكالة بارادة احد الطرفين . أو الغاء عقد الايجار بانتهاء مدته أو بسبب هلاك الشيء الموجود ، وهو لا يكون الا في العقود المستمرة كعقد الايجار وعقد الوكالة اما العقود الفورية فلا تنحل قوتها الملزمة الا بفسخها كالبيع مثلا .

اما زوال القوة الملزمة للعقد بالرجوع فيه فليس من الاهمية بحيث يستوجب التعمق في دراسته ، اذ انه قاصر على عقد واحد هو عقد الهبة وبشروط خاصة .

اما البطلان مطلقا اذا لم تتكامل اركان العقد ، كانهدام رضا احد الطرفين المتعاقدين في حالة التعاقد مع مجنون أو صبي غير مميز ، أو عدم اتفاق الطرفين للنظام في حالة البيع على الشيء المبيع أو الثمن ، أو اذا كان محل العقد أو سببه مخالفا للنظام العام أو الاداب ، ففي مثل هذه الحالات لا ينتج العقد اى اثر قانونى ، فيقال انه باطل بطلانا مطلقا .

وقد تكون ارادة احد الطرفين معيبةً اما لانها صادرة من شخص ناقص الاهلية لم تكتمل اهليته بالطريق الشرعى ، واما لانها مشوبة بعيب من عيوب الرضاء التى سبق بيانها (الغلط والتدليس والاكراه) فلحماية ذوى المصلحة من نتائج هذا العقد يميز القانون ابطاله . فيقال ان العقد قابل للابطال أو انه باطل بطلانا نسبيا .

من ذلك يتضح ان هناك درجات مختلفة لانحلال القوة الملزمة للعقد يحصل تمييزها عادة باستعمال اصطلاحات البطلان المطلق والبطلان النسبى أو القابلية للابطال .

اذا فرضنا عقدا مخالفا للنظام العام أو عقدا يدخل بطبيعته في طائفة العقود الرسمية تم بدون مراعاة الشكل المفروض ، أو كان سبب الالتزام أو محله غير

مشروع فيقال في هذه الحالات ان العقد باطل بقوة القانون ، وبعبارة ادق باطل بطلانا مطلقا .

فما هي خصائص هذا البطلان ؟ يقال غالبا - وهذه هي الخاصة التي يقصد الى ابرازها باصطلاح البطلان بقوة القانون الذي كثيرا ما يستعمل للتعبير عن البطلان الذي من هذا النوع - ان العقد لا يكون له وجود قانوني ، وانه لا حاجة اذن الى الالتجاء الى القضاء لتقرير بطلانه اذ أن البطلان يتقرر في هذه الحالة بقوة القانون نفسه . ولكن هذا تكييف خاطيء في اعتقادنا ، فلا مناص من الالتجاء الى القضاء لمن يريد الاحتجاج ببطلان عمل قانوني ولو بصفة اصلية ومطلقة . ويستنتج ذلك من قاعدتين اساسيتين من قواعد الاجراءات هما : انه لا يحق لاحد أن يأخذ حقه بنفسه اى باستعمال الاكراه المباشر . وان السند يظل قائما مادام موجودا أى مادام أن ظاهر السند يخدع بصحته فانه ينتج أثره مؤقتا طالما أن من يحتج به لم يجابه ببطلانه ، فاذا فرضنا مثلا أن شخصا عقد عقدا شكليا دون اتباع الشروط التي ألزم بها القانون ، واراد بعدها ان يسترد الشيء المتعاقد عليه ممن سلم له ، فلا يستطيع ان يسترده بالقوة بل يجب ان يلجأ الى القضاء ليحصل على حكم بذلك ، وقد يعترض بأنه لا يرفع هنا دعوى بطلان ، وإنما دعوى استحقاق بصفته مالكا ، ولكن الواقع ان قبول هذه الدعوى مرهون باثبات بطلان السند الذي آلت الحياة بموجبه الى الحائز ، فالقاضي مضطر لكي يحكم باحقية المدعى في الاستحقاق ان يفصل أولا في بطلان العقد .

والقابلية للابطال او البطلان النسبي لا يترتب على مخالفة قاعدة شرعية تستند الى النظام العام ، بل ان الاسباب الاساسية التي من شأنها ان تجعل العقد قابلا للابطال هي الاتية :

- ١ - ان تكون ارادة المتعاقد مشوبة بعيب من عيوب الرضاء .
- ٢ - ان يكون المتعاقد ناقص الاهلية وصدر منه التصرف بدون مراعاة القواعد القانونية بكمال اهليته .

فالبطالان النسبي او القابلية للابطال يتميز تماما عن البطلان المطلق ، فهو وسيلة مقررّة لحماية منفعة خاصة ، وهذه الحماية تمتد الى الاشخاص الذين يقعون في الغلط او يكونون فريسة الاكراه أو التدليس المدير ضدهم ، أو الذين لم تكتمل لهم الاهلية الكافية لمباشرة مختلف الروابط القانونية ، فأحسن وسيلة لحماية هؤلاء الاشخاص ليست اعدام العقد لان مثل هذا العلاج لا يتناسب مع الغاية منه ، ولكن جعل بقاء العقد منوطا بارادة ذى المصلحة ، فاذا ما وجدته في صالحه فانه يجيزه ، والا كان في وسعه ان يطلب إبطاله .

وتختلف آثار البطلان النسبي عن آثار البطلان المطلق ، وليست اهم اوجه الخلاف ان العقد يظل منتجا لآثاره كما لو كان صحيحا طالما انه لم يطلب ابطاله ، فقد رأينا ان هذا ما يحدث عملا في حالة البطلان المطلق ، بل ان الخصائص الحقيقية للبطلان النسبي التى تتعارض تماما مع خصائص البطلان المطلق هى الاتية :

١ - بينما يستطيع كل ذى مصلحة ان يحتج بالبطلان المطلق ، نجد - بالعكس - حق رفع الدعوى او التمسك بالدفع القائم على البطلان النسبي قاصرا على الاشخاص الذين قصد حمايتهم بتقرير البطلان فمثلا : اذا اشترى قاصر عقارا بدون ان يمثله وصيه في الشراء فله وحده ان يطلب ابطال البيع ، ولكن البائع لا يستطيع ذلك ، ولهذا السبب اطلق على القابلية للابطال اسم البطلان النسبي .

٢ - يمكن تصحيح العقود القابلة للابطال باجازه من له الحق في طلبه فتعود للعقد كل قوته ويعتبر كأنه لم يكن مشوبا بأى عيب اذا توافر شرطان :

١ - ان تكون الاجازة حاصلة بعد العلم بالعيب الذى يشوب العقد .

ب - تشترط بعض التشريعات ان يكون السبب الذى قرر القانون من اجله البطلان قد زال وقت صدور الاجازة ، بان يكون ناقص الاهلية قد استكمل اهليته ، أو ان يكون الاكراه قد زال أو انكشف الغلط أو انفصح التدليس .

ويمكن بوجه عام القول ان العقد الباطل في الفقه الاسلامي يماثل في حالاته العقد الباطل في الفقه الغربي ، وهو يماثله ايضا في احكامه^(١) .

فالعقد الباطل في الفقهين لا وجود له الا من حيث الصورة ، فليس له وجود قانوني ولا ينتج اثرا كتصرف شرعي . ومن ثم لا يملك احد العاقلين ان يجبر الاخر على تنفيذ عقد باطل ، واذا نفذه العاقد باختياره ، علم ببطلانه أو لم يعلم ، كان له ان يسترد ما نفذه .

كذلك فالعقد الباطل مطلقا في الفقهين غير موجود شرعا ، فلا يتصور ان تلحقه الاجازة أو أن يرد عليه التقادم ، وكل ما يمكن عمله هو أن يعاد العقد من جديد ، والفرق واضح بين اجازة العقد وعمل العقد من جديد ولكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان المطلق ويجوز للقاضي ان يحكم من تلقاء نفسه به .



(١) - انظر السنهاوري مصادر الحق في الفقه الاسلامي المرجع السابق ص ٢٦٢

الجزء الثاني

مبادئ القانون التجاري السعودي

الباب الأول : ماهية ونطاق القانون التجاري

الباب الثاني : التاجر

الباب الثالث : المحل التجاري

الباب الرابع : الأحكام العامة للشركات التجارية

الباب الخامس : أنواع الشركات وفقاً للنظام السعودي

الباب السادس : الإفلاس

الباب الأول

مأهية ونطاق القانون التجاري

الفصل الأول

تعريف القانون التجاري ومصادره

المبحث الأول : تعريف القانون التجاري

يعرف القانون التجاري بأنه ذلك الفرع من القانون الخاص الذى يحكم الأعمال التجارية ونشاط التجار فى ممارسة تجارتهم . وقد نشأ القانون التجاري وتطور فى البيئة التجارية نتيجة ضرورات اقتصادية استوجبت وضع تنظيم قانونى خاص يخضع له التجار وكذلك المعاملات التجارية ، حتى يتلاءم هذا التنظيم مع مقتضيات التجارة وطبيعتها ، ذلك لأن المعاملات التجارية طابعها السرعة ، وقوامها الأثمان .

والسرعة من اهم ما يميز النشاط التجارى ، فالتاجر فى الغالب يشتري ويبيع كميات من البضائع ويمارس عديدا من العمليات التى ينظمها القانون التجارى فى اليوم الواحد ويبرم الصفقات والعقود المتصلة بتجارته بوساطة

البرقيات والمحادثات التليفونية وهذه السرعة في انجاز الاعمال التجارية وفي القيام بالتصرفات اقتضت عدم التقيد ببعض الشكليات التى يتطلبها النظام في المعاملات المدنية العادية .

فالسرعة اذا من اهم مقومات النشاط التجارى ، ويكفل القانون التجارى هذه السرعة بتبسيط الاجراءات في انعقاد العقد وفي اثباته ، وكذلك يحقق القانون التجارى السرعة بتسهيل تداول الحقوق بالتظهير أو بالتسليم دون تقيد باجراءات الحوالة المدنية .

والقانون التجارى يضع كذلك من القواعد ما يحمى الأثنان ، ذلك ان اغلب العمليات التجارية تتم بأجل : فالبنك يقرض المشتري على أن يسدد بعد بيع البضائع وتاجر الجملة يبيع لتاجر التجزئة باجل وهكذا يرتبط عدد كبير من الأشخاص بروابط متتابعة اساسها الثقة المتبادلة بينهم بحيث اذا اخل احدهم بهذه الثقة ادى اخلاله الى سلسلة طويلة من اضطراب المعاملات ، لذلك يوقع القانون التجارى جزاءات شديدة على من يخلّ بالأثنان التجارى ، ويتمثل ذلك في نظام الافلاس وشدته على التاجر الذى يتوقف عن الدفع .

ولا ينبغى ان يفهم مما تقدم ان السرعة والأثنان اللتين تقتضيهما المعاملات التجارية وكذلك الضروريات العملية الأخرى التى استوجبت وضع قواعد خاصة للقانون التجارى قد فصمت عرى الصلة بين كل من القانون التجارى والقانون المدنى لأن القانون الأخير يشتمل على القواعد التى تحكم العلاقات القانونية بين الأفراد بصرف النظر عن مهنتهم ونوع معاملاتهم ، فهو الشريعة العامة للقانون الخاص فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى قانون آخر ، ولكن هذا لا يعنى ايضا ان قواعد القانون التجارى استثناءات وردت على القانون المدنى ، ولكن القانون التجارى يعتبر فرعاً مستقلاً من فروع القانون الخاص له ذاتيته الخاصة وطبيعته المتميزة ، وتنطبق قواعده على الاعمال التجارية ونشاطات التجار ، ولكن اذا لم يرد حكم فى القانون التجارى يتعين الرجوع إلى القانون المدنى باعتباره الشريعة العامة التى تحكم علاقات الأفراد فى معاملاتهم

ونشاطاتهم الخاصة وإذا كان القانون المدني يتسم بالثبات والاستقرار فإن القانون التجارى طابعه التطور المستمر لأن احكامه تسير فى تطورها مقتضيات التجارة وضرواتها العملية .

المبحث الثانى : تطور قواعد القانون التجارى

نشأت قواعد القانون التجارى فى أول الأمر كعادات وتقاليد استقرت بمرور الزمن فى شكل اعراف التزم بها التجارى فى معاملاتهم التجارية ، وهذه الاعراف هى المصدر الأول الذى استمدت منه التشريعات احكام القوانين التجارية ، ولذا فان من الأهمية بمكان ان نعرض فى إلمامة سريعة لتاريخ القانون التجارى .

وقد وجدت اقدم آثار لمصادر قواعد القانون التجارى فى حوض البحر الأبيض المتوسط وهو أمر منطقى للملاءمة طقس هذه المنطقة وموقعها الجغرافى لتكون مهد الحضارة الإنسانية وقد اثبتت الوثائق التاريخية ان قدماء المصريين نشطوا فى التجارة حتى وصلت سفنهم الى السواحل الجنوبية للبحر الأحمر وحتى اليمن ، كما تبادلوا التجارة مع سكان جزيرة كريت ومع ذلك فان الأبحاث التاريخية لم تسفر عن معرفة كاملة للقواعد التى كانت تنظم تجارتهم الخارجية والداخلية .

وقد اشتهر البابليون كذلك بممارسة التجارة ، وتضمن قانون هامورابى الذى وضع حوالى عام ١٧٣٠ قبل الميلاد قواعد خاصة بالوديعة والوكالة بالعمولة ، والشركة كما اشتمل قانون هامورابى على (٢٨٢) مادة ويعد من اقدم المدونات القانونية فى العالم على الاطلاق .

كذلك انتشرت تجارة الفينيقيين منذ القرن الحادى عشر قبل الميلاد واليهيم يرجع فضل وضع اساس نظام الخسارات البحرية المشتركة فى صورته البدائية المتعلقة بالقاء البضائع فى البحر والتضحية بها عند تعرض الرحلة للهلاك إذ

قرروا قاعدة تقضى بأن يشارك اصحاب السفينة وأصحاب البضائع التى نجت نتيجة التضحية فى تعويض اصحاب البضائع التى تمت التضحية بها ، كل بحسب قيمة ما تعرض من امواله لخطر الهلاك ثم تضمن هذه القاعدة قانون رودس الذى وضع عام ٩١٦ قبل الميلاد .

كذلك ادلى الإغريق بدلوهم فى تطوير قواعد القانون التجارى وخاصة بعض قواعد التجارة البحرية ومن ذلك نظام قرض المخاطر الجسيمة ويقدم وفقا له أحد الممولين قرضا لمالك السفينة أو البضائع بفائدة مرتفعة ولا يلتزم المقرض بسداد القرض وفوائده الا اذا تمت الرحلة البحرية بسلام فان هلكت اعفى من السداد وهذا العقد هو الأساس التاريخى لنظام التأمين فى رأى بعض الباحثين فى تاريخ التأمين قبل أن يأخذ صورته الحديثة .

وفى العهد الوسيط طورت المدن البحرية فى ايطاليا بعض القواعد التجارية كتلك التى تتعلق باعمال البنوك والإفلاس والشركات والأوراق التجارية .

ثم نشط المسلمون فى القرنين السابع والثامن الميلاديين فى ممارسة التجارة ودعم الخلفاء طرق التجارة واصبح المسلمون بحارة المحيطات وقد ترك فقهاء المسلمين ثروة هائلة من الفقه والاحكام الخاصة بالمعاملات التجارية المدنية فوضعوا نظاما متكاملا للشركات وعرفوا الكميالة وهى اهم الأوراق التجارية وسموها (السفنجة) كما عرفوا نظام الإفلاس وقواعد الخسارة البحرية واطلقوا عليها (العوار البحرى) .

وعندما فقدت ايطاليا سيادتها التجارية بعد التوسع العثمانى وتم اكتشاف امريكا وطريق رأس الرجاء الصالح تحول النشاط التجارى من حوض البحر الأبيض المتوسط الى الدول المطلة على المحيط الاطلنطى وبحر الشمال كانجلترا وفرنسا واسبانيا والبرتغال وهولندا .

وقد اتجهت التشريعات التجارية فى تلك المنطقة الى ثلاثة اتجاهات تشريعية رئيسية ، الاتجاه اللاتينى وقد استمدت منه تشريعات اغلب البلاد العربية متأثرة بالقانون الفرنسى ، والاتجاه الأنجلو امريكى ويسود انجلترا

ومستعمراتها السابقة والولايات المتحدة الأمريكية وكندا وأستراليا ،
والنظام الجرمانى وهو السائد فى المانيا ودول اوروبا الوسطى وقد تأثرت به
تشريعات سويسرا واليابان وتركيا .

المبحث الثالث : تاريخ القانون التجارى فى المملكة العربية السعودية

تعد الشريعة الاسلامية هى الشريعة العامة التى تحكم نشاط الشخص
طبيعيا كان او معنويا فى المملكة العربية السعودية ويعنى القانون التجارى
بناحية من هذا النشاط هى التى تتصل بالحياة التجارية .

ولقد كان طبيعيا ان تكون الشريعة الاسلامية هى الاساس الاول الذى
استند اليه التشريع السعودى ، كما استند هذا التشريع الى مصادر اخرى من
التشريعات الاجنبية بما لا يتناقى مع احكام الشريعة الاسلامية .

وقد صدر نظام المحكمة التجارية عام ١٣٥٠هـ كتنظيم تجارى متكامل
ينطوى على أكثر من ستائة مادة تنظم التجارة البرية والتجارة البحرية والقضاء
التجارى ، ومازال هذا التشريع قائما حتى الان وان كان معطلا فى جزئه الخاص
بالمحكمة التجارية كما الفيت منه الاحكام الخاصة بالاوراق التجارية والشركات
بصدور نظام الاوراق التجارية ١٣٨٣هـ ، ونظام الشركات ١٣٨٥هـ .

وانه وان كان هذا التشريع يغلب عليه القدم والاضطراب خاصة وقد نقلت
بعض ابوابه حرفيا من التقيين العثمانيين كالباب الخاص بالتجارة البحرية ، فان
صدوره كان علامة بارزة على طريق الاصلاح والوضوح بالنسبة للقواعد التى
تحكم المعاملات التجارية فقد توالى بعد صدوره التشريعات التجارية كما وضع
المشرع السعودى القواعد الخاصة بتشكيل محاكم تجارية للفصل فى المنازعات
التجارية وتقوم هيئات حسم المنازعات التجارية وغيرها ، كاللجان المركزية
لقضايا الغش التجارى - بالفصل فى هذا النوع من المنازعات .

هذا ومن الجدير بالذكر ان اساس النشاط التجارى فى المملكة هو حرية

التجارة وتشجيع المبادرات الفردية ومع ذلك تقوم الحكومة بواجبها في مقاومة جشع بعض التجار في بعض الفترات وتدخلت اكثر من مرة للحد من ارتفاع الاسعار^(١) ، ولتحديد ارباح التجار ، ولتنظيم بعض صور التجارة والاستيراد حماية لجمهور العملاء كالمزارعين مثلا .

وبلاضافة الى ذلك كله فان هناك قطاعا عاما كبيرا في المملكة يضم السكك الحديدية ونشاطات المؤسسة العامة للبترول والمعادن (بترومين) وشركائها وصناعة الاسمدة والاثان الزراعى وكذلك صوامع الغلال ومطاحن الدقيق وتتجه سياسة الدولة على ما يبدو الى توسيع هذا القطاع العام وخاصة في بعض المجالات الحيوية التى تتعلق بالتنمية الاقتصادية والاجتماعية .

المبحث الرابع : مَصَادِرُ الْقَانُونِ التِّجَارِيِّ

من المسلم به ان مصادر القانون التجارى لاتفترق عن مصادر فروع القانون الاخرى والمصدر الاول والاساسى لجميع القوانين والانظمة في المملكة هو الشريعة الاسلامية والى جانبها هناك التشريع والعرف واحكام القضاء وارااء الفقهاء التى لاتفترق احكام الشريعة الاسلامية ونكتفى هنا بالاشارة الى كل من التشريع والعرف .

(١) صدرت في المملكة عدة قرارات للتسعير الجبرى للمواد الغذائية وانظر كذلك القرارات الصادرة من صاحب السمو الملكى وزير الداخلية بعقاب بعض التجار المخالفين لقوانين الاسعار ، وخاصة ما صدر من سموه بتاريخ ١٣٩٨/١٢/١٨ هـ . وانظر كذلك على سبيل المثال خطاب نائب جلالة الملك الى امين العاصمة في ١٣٥٨/١١/١٥ برفض حد اقصى من الربح لتجار السكر هو ١٠٪ وكذلك الامر الملكى في ٧٤/٦/١٧ بتحديد ربح مستوردى السيارات بما لايجاوز ١٥٪ وانظر ايضا قرار مجلس الوزراء رقم ٨٥ في ٧٣/١٠/٢٠ وقراره رقم ٨٥ في ١٩٧٤/٧/٢٣ بشأن تنظيم استيراد الآلات الزراعية . وغير ذلك من القرارات التى تصدر دوريا لتحقيق هذا الهدف .

المطلب الأول

التشريع

التشريع هو اهم مصادر القانون التجارى فى المملكة بعد القواعد الاساسية للشريعة الاسلامية فهو الذى يرجع اليه قبل اى شىء للبحث عن حكم النزاع المعروف وتوجد فى المملكة مجموعة خاصة بالقانون التجارى صدر بها نظام المحكمة التجارية عام ١٣٥٠هـ . وتحتوى هذه المجموعة على ستائة مادة تتطوى على الاحكام الخاصة بالتجارة البرية والتجارة البحرية والقواعد الخاصة (بالمجلس التجارى) وقد نقلت الكثير من القواعد التى تضمنها نظام المحكمة التجارية من القانون التركى القديم .

والى جانب هذا التشريع الرئيسى اصدر المشرع السعودى عددا كبيرا من الانظمة فى مجال النشاط التجارى ومن اهم هذه الانظمة ماأتى :

- ١ - نظام الشركات الصادر عام ١٣٨٥هـ .
- ٢ - نظام تسجيل الشركات الصادر عام ١٣٦٧هـ .
- ٣ - نظام الاوراق التجارية الصادر عام ١٣٨٣هـ .
- ٤ - نظام السجل التجارى ولانحته التنفيذية الصادر عام ١٣٧٥هـ .
- ٥ - نظام الشركات التجارية التى تعمل فى حقل البترول الصادر عام ١٣٨٩هـ .
- ٦ - نظام الغرفة التجارية الصادر عام ١٣٦٥هـ .
- ٧ - نظام حماية وتشجيع الصناعات الوطنية الصادر عام ١٣٨١هـ .
- ٨ - نظام استثمار رأس المال الاجنبى الصادر عام ١٣٩٩هـ .
- ٩ - نظام التعدين الصادر عام ١٣٩٢هـ .
- ١٠ - نظام الوكالات التجارية الصادر عام ١٣٨٢هـ .
- ١١ - نظام تسجيل العلامات الفارقة الصادر عام ١٣٥٨هـ .
- ١٢ - نظام الاستيراد الصادر عام ١٣٧٦هـ .

- ١٣ - نظام مكافحة الغش التجاري الصادر عام ١٣٨١ هـ .
١٤ - نظام المعايير والمقاييس الصادر عام ١٣٨٣ هـ .
١٥ - نظام المناقصات والمزايدات الصادر عام ١٣٨٦ هـ .
١٦ - نظام مؤسسة النقد العربي السعودي الصادر عام ١٣٧٧ هـ .
١٧ - نظام مراقبة البنوك الصادر عام ١٣٨٦ هـ .
١٨ - نظام البنك الزراعي السعودي الصادر عام ١٣٨٢ هـ .
١٩ - نظام المؤسسة العامة لخطوط حديد حكومة المملكة الصادر عام ١٣٨٦ هـ .
٢٠ - نظام المؤسسة العامة للبترول والمعادن الصادر عام ١٣٨٢ هـ .
٢١ - نظام شركة الاسمدة العربية السعودية (سافكو) الصادر عام ١٣٨٥ هـ .
٢٢ - نظام شركة تعدين الاملاح السعودية الصادر عام ١٣٨٣ هـ .
٢٣ - نظام المؤسسة العامة لصوامع الغلال ومطاحن الدقيق الصادر عام ١٣٩٢ هـ .
٢٤ - نظام مقاطعة اسرائيل الصادر عام ١٣٨٢ هـ .
٢٥ - نظام تأمين مشتروات الحكومة عام ١٣٩٧ هـ .
وقد اجرى المشرع تعديلات جزئية على بعض تلك التشريعات ، ويجب الرجوع فيما لم يرد بشأنه نص في التشريعات التجارية الى احكام الشريعة العامة وهي الاحكام المدنية التي تستمد في المملكة اساسا من الشريعة الاسلامية الغراء .

المطلب الثاني

العرف

نشأت قواعد القانون التجاري اول الامر عادات متعارفا عليها في البلدان المختلفة ، وقد توالى الاخذ بهذه العادات حتى استقر احترامها في النفوس ، واصبح لها قوة الزام ذاتية . ولم يفقد العرف اهميته بزيادة الاتجاه الى التقنين

منذ اواخر القرن السابع عشر .

من امثلة العرف التجارى افتراض التضامن بين المدينين بدين تجارى اذا تعددوا وذلك خلافا للقاعدة المدنية الخاصة بان التضامن لايفترض ، وكفاية الخطابات العادية لاعذار المدين بدلا من اعذاره بورقة من اوراق المحضرين .
وقد يكون العرف خاصا بجهة معينة ويطلق عليه العرف المحلى ، وقد يكون عاما يسرى فى جميع انحاء الدولة . كذلك قد يكون العرف دوليا اذا لم يقتصر تطبيقه على دولة واحدة ، ويظهر هذا العرف بصفة خاصة فى المسائل البحرية .

ويجب على صاحب الشأن اثبات وجود العرف ، ويكون له ذلك بكافة طرق الاثبات ، وقد جرى العمل على اثبات العرف عن طريق تقديم الشهادات الدالة على وجوده من الغرف او المؤسسات التجارية . غير ان المحاكم لا تلتزم بالاعتماد بهذه الشهادات ولها حرية تقدير وجود العرف من عدمه على اى طريق آخر . وقد اختلف فيما اذا كان يجوز للقاضى ان يقرر وجود العرف مستندا الى معلوماته الشخصية . ومن رأينا انه لا مانع من ذلك لان العرف قاعدة قانونية ويدخل فى اختصاص القاضى تطبيق القانون على المعروض عليه سواء اكانت قاعدة القانون او النظام تشريعية او عرفية .

ويختلف العرف عن العادة . فالعادة تنشأ فى اول الامر فى صورة شروط يتواضع المتعاقدون على ادراجها فى العقد ، وهى فى هذه المرحلة لا تعتبر عادة بل تعتبر جزءا من اتفاق الطرفين . فاذا شاع الاتفاق على هذه الشروط جاز القول انها اصبحت عادة .

فاذا اصبحت العادة واضحة ومحددة وتواتر الاخذ بها وتطبيقها وتواضع الناس الى احترامها لمدة طويلة ولم تكن تخالف النظام العام او الاداب فإنها تصبح جزءا من ضمير الجماعة وتنقلب الى عرف يكون له قوة القانون . فالعادة هى مصدر العرف ، وتحديد الوقت الذى تصبح فيه العادة عرفا امر بالغ الاهمية .

ويترتب على هذا الفرق بين العادة والعرف ان يكون لقاضي الموضوع سلطة تقديرية في تطبيق العادات لان الامر يتعلق بتفسير ارادة المتعاقدين . اما العرف فان اغفال تطبيقه او الخطأ في تفسيره يعد خطأ من القاضي .

واذا قام التعارض بين التشريع والعرف التجارى فلا خلاف في تغلب التشريع التجارى اذا كان امرا على العرف سواء كان ملزما او مفسرا اذ لا محل لسريان العرف متى وضع المشرع قاعدة نظامية .

وبالرغم من ان القضاء مصدر تفسيري للقانون فإن الاحكام القضائية كان لها ابرز الاثر في بلورة قواعد العرف وتطوير احكام القانون التجارى بوجه عام .

اما الفقه فلم يلعب دورا كبيرا في تطوير احكام القانون التجارى .

المبحث الخامس : أهمية تحديد الأعمال التجارية

تختلف التشريعات في تحديد مجال تطبيق القانون التجارى ويدور الخلاف بينها حول فكرتين رئيسيتين : فمنها ما اعتمد على العمل التجارى ومنها ما اعتمد على التاجر . وتتلخص النظرية الاولى ان القانون التجارى هو قانون الاعمال التجارية ، يسرى عليها بصرف النظر عن صفة القائم بالعمل وسواء ثبت له وصف التاجر ام لا ، اذ يكفي ان يكون العمل من طبيعة تجارية ليدخل في نطاق القانون التجارى . وهذه هى النظرية التى اعتمدها المشرع السعودى والمصرى والفرنسى فى حين تذهب النظرية الثانية الى ان القانون التجارى هو قانون التجار فلاهمية لاعتبار العمل تجاريا او مدنيا ولا يكون لذلك تأثير فى بيان القانون الواجب التطبيق ولكن الاهمية لصفة القائم بالعمل ، فان كان تاجرا خضع العمل لاحكام القانون التجارى ، وان كان فردا عاديا خضع العمل للقانون المدنى .

وقد رتب المشرع السعودى اثارا جوهرية هامة على التفرقة بين العمل المدنى والعمل التجارى ومن اهم هذه الاثار ما يأتى : -

اولا - الاختصاص القضائي :

تهتم كثير من الدول بانشاء قضاء يتخصص في الفصل في المنازعات التجارية الناشئة عن الاعمال التجارية ولا ينظر سواها وذلك حتى يكون هذا القضاء على دراية تامة بمقتضيات التجارة وبأعرافها ، كما يجرى الكثير من البلاد مثل فرنسا على اشراك ممثل عن التجارة تنتخبه الغرف التجارية في هذه المحاكم التجارية تأكيدا لربط هذا القضاء بالواقع التجارى وحتى يكون القاضي عند نظر الدعوى ملما بكيفية سير المعاملات التجارية بين التجار .

وقد انشأ المشرع السعودى قضاء تجاريا متخصصا منذ صدور نظام المحكمة التجارية سنة ١٣٥٠ هـ . وكان المفروض ان تتكون هذه المحكمة من سبعة اعضاء بما فيهم الرئيس (المادة ٤٣٢) ، وتختص بنظر المنازعات الناشئة عن الاعمال التجارية البرية والبحرية (المادة ٤٤٣) ، وكذلك تضمن النظام قواعد مفصلة للاجراءات والمرافعات امام هذه المحكمة (المواد من ٤٥٩ الى ٥٨٧) . ولكن هذه المحكمة التجارية لم تخرج الى حيز التطبيق اذ لم يتم تشكيلها ، وظل الأمر هكذا حتى تشكلت هيئات قضائية اخرى لحسم المنازعات التجارية .

وقد شكلت اول محكمة تجارية في المملكة بموجب قرار وزير التجارة والصناعة رقم (٢٦٢) في ٢٦ ذى القعدة سنة ١٣٨٤ هـ . الذى قضى بتشكيل هيئة قضائية تسمى « هيئة فض المنازعات التجارية » تختص بفض المنازعات التجارية والفصل في القضايا التى تعهد اليها بالنظر فيها الأنظمة والقرارات والأوامر كما تختص بفرض العقوبات المنصوص عليها في نظام تسجيل العلامات الفارقة والأوراق التجارية .

ويقضى القرار بأن تتكون هيئة في كل من الرياض وجدة والدمام من رئيس موظف بوزارة التجارة والصناعة برتبة مدير على الأقل ومن عضوين آخرين احدهما مستشار والآخر تاجر ترشحه الغرفة التى يقع النزاع فى دائرتها . ويتم انتداب الاعضاء بقرار من وزير التجارة والصناعة وتنظر الهيئة بصفة مستعجلة

في القضايا التي لها صفة الاستعجال وتتبع في اجراءاتها الأصول المنصوص عليها في نظام المحكمة التجارية والتي سبقت الإشارة إليها .
ثم صدر بعد ذلك نظام الشركات سنة ١٣٨٥ هـ ، الذي انشأ هيئة خاصة تسمى « هيئة حسم المنازعات الشركات التجارية » (مادة ٢٣٢ من النظام) ، وبعد ذلك تضمن قرار مجلس الوزراء رقم (١٨٦) الصادر في ٥ / ٢ / ١٣٨٧ هـ ، ادماج « هيئة فض المنازعات التجارية » و « هيئة حسم منازعات الشركات التجارية » في هيئة واحدة تسمى « هيئة حسم المنازعات التجارية » يتم تشكيلها طبقا للمادة (٢٣٢) من نظام الشركات سالف الذكر في مدن الرياض وجدة والدمام .

وقد تضمن القرار المذكور تشكيل هيئة تميز تجارية تختص بالتصديق على القرارات الابتدائية الصادرة من هيئة حسم المنازعات التجارية اذا كانت مطابقة للشريعة السمحة والأنظمة السارية ومبادئ العدالة وبذلك يصبح القرار نهائيا ، والا قضت باعادة نظر الموضوع اذا وجدت للتظلم ما يبرره أو وجدت أى مخالفة لمبادئ الشريعة الاسلامية ، أو لأحكام النظام وقواعد العدالة .
وبديهى ان اختصاص هيئة حسم المنازعات التجارية قاصر فقط على المنازعات الخاصة بالاعمال التي تكتسب وصف الاعمال التجارية وحدها أما تلك التي تخرج عن دائرتها فإن اختصاص هيئة حسم المنازعات التجارية لا ينعقد للنظر فيه .

ثانيا - الاثبات :

وضع المشرع قواعد للاثبات في المعاملات المالية العادية ، أما في المعاملات التجارية فلا محل لسريان هذه القواعد ، وتعفى الاعمال التجارية من قيود الإثبات في المواد المدنية ، بصفة عامة الا اذا اتفق الطرفان على وجوب الكتابة أو كان القانون التجارى يحتم وقوع العقد بالكتابة سواء أكانت رسمية - كما هو الحال في بيع السفن (مادة ١٥٢ من نظام المحكمة التجارية) او عرفية كما في عقد الشركة (المادة ١٠ من نظام الشركات الصادر سنة ١٣٨٥ هـ) .

ثالثاً - تقوية جزاء الالتزام التجارى :

يغلب القانون التجارى مصلحة الدائن على مصلحة المدين ويدعم الالتزام التجارى بالضمانات كما يقوى الجزاء على الاخلال به ويبين ذلك فيما يأتى :

(١) التضامن :

يقضى العرف التجارى بأن يفترض التضامن عند تعدد المدينين بدين تجارى وذلك خلافا للقاعدة التى تتضمن ان التضامن لا يفترض وانما يكون باتفاق أو بنص فى النظام .

(٢) الاعذار :

يقضى العرف التجارى كذلك بأن يتم اعذار المدين بالالتزام تجارى بمجرد خطاب عادى بخلاف الحال فى المواد المدنية التى يجب ان يتم الاعذار فيها بورقة من اوراق المحضرين .

(٣) المهلة القضائية :

نظرا لطبيعة المعاملات التجارية فانه لا يجوز الحكم بالمهلة القضائية لمصلحة المدين فى الكمبيالة (مادة ٦٣ من نظام الأوراق التجارية) وتنطبق هذه القاعدة على الأوراق التجارية الأخرى كالسند الأدنى والشيك .

(٤) الافلاس :

لا يمكن اشهار الافلاس الا لتوقف التاجر عن دفع ديونه التجارية لا المدنية وذلك رغم عموم نصوص المواد (١٠٣) وما بعدها من نظام المحكمة التجارية سالف الذكر .

الفصل الثانى

الأعمال التجارية

يخضع النظام الصفة التجارية تارة على بعض الأعمال ، وتارة أخرى على

بعض المقاولات ومن ذلك يتبين أن الأعمال التجارية الموضوعية تنقسم إلى قسمين كبيرين أولهما أعمال تثبت لها الصفة التجارية دائماً ولو وقعت مرة واحدة ، وثانيهما أعمال لا تكون لها هذه الصفة إلا إذا وقعت في شكل « مقالة » ، وهذا ما تضمنه نص المادة (٢) من نظام المحكمة التجارية ، وفيما يلي بيان الأعمال التجارية المفردة ، وأعمال المقاولات التجارية .

المبحث الأول : الأعمال التجارية المفردة

المطلب الأول

الشراء بقصد البيع

نصت المادة ٢/١ على أن « كل شراء بضاعة أو غلال من مأكولات أو غيرها لأجل بيعها بحالها أو بعد صناعة وعمل فيها » يعتبر عملاً تجارياً . ويشترط لكي يعتبر الشراء أو البيع عملاً تجارياً ثلاثة شروط :
الأول : أن يكون هناك شراء .

والثاني : أن يكون محل الشراء منقولاً .

والثالث : أن يكون الشراء قد تم بقصد البيع .

مما تقدم يبين أن إسباغ الصفة التجارية على الشراء رهين بإثبات نية البيع إذ يجعل النظام من سبب الشراء أو الباعث عليه مناهج التجارية . وتؤكد المادة (٣) من النظام هذا الحكم بنصها على أنه إذا « اشترى أحد عقاراً أو شيئاً لا لبيعها ولا اجارتها بل للاستعمال فلا يعد شيء من ذلك عملاً تجارياً » .

ويعتبر الشراء أو البيع عملاً تجارياً إذا كان المقصود من الشراء بيع الشيء بعينه أو بعد تهيئته في صورة أخرى ، إذ يستوى أن يباع المنقول بصورته التي اشترى بها أو بعد تشكيله وإدخال التعديل أو الصناعة عليها (مادة ٢/١) .
ويظل الشراء تجارياً إذا تم بقصد البيع ولو لم يحدث فعلاً كأن هلك الشيء

أو عدل مشتره عن بيعه . وكذلك لا يلزم أن يكون الشراء سابقاً على البيع ، بل يكفي العنصر القصدى والباعث لأقامة الصلة القانونية بين البيع والشراء اللاحق عليه . وكثيراً ما يحدث البيع أولاً ثم يليه الشراء فلا أهمية لوقت وقوع أى منهما ولا يعد بيع المنقول تجارياً إذا لم يسبقه شراء كان يكون المبيع موروثاً أو موهوباً إلى البائع .

ويكون اثبات قصد البيع على من يدعى تجارية الشراء أو البيع . ويستخلص هذا القصد من الظروف المحيطة بالتصرف كأن تكون الكميات المشتراة كبيرة تفوق الاستهلاك الشخصى بكثير . ولكن أهم القرائن على قيام هذا القصد هى بلاشك أن يثبت صاحب المصلحة أن المشتري يتخذ التجارة فيما اشتراه حرفة معتادة ، ولكن يكون للمشتري عندئذ اثبات العكس بكافة طرق الاثبات .

ولا يستلزم النظام إلا أن يكون شراء المنقول بقصد البيع ، ولكن القضاء مستقر على أن الشراء والبيع لا يكتسبان الصفة التجارية إلا إذا كان الشراء قد تم بقصد تحقيق الربح من وراء البيع ، فكل شراء قصد به إعادة البيع دون ربح لا يعد عملاً تجارياً ومناطق مدنية العمل فى هذه الحالة يتوقف على اقتران الشراء عند حدوثه بنية البيع بدون ربح .

المطلب الثانى

الأوراق التجارية

تعتبر الأوراق التجارية وفقاً لأحكام المادة ٢ ح من الأعمال التجارية المفردة والأوراق التجارية هى الكمبيالة والسند الإذنى والشيك .
١ - الكمبيالة :

هى صك يأمر فيه الساحب شخصاً يسمى المسحوب عليه بدفع مبلغ من النقود فى تاريخ معين أو قابل للتعين لأذن شخص ثالث أو لحامل الصك ، ويطلق عليه المستفيد .

والسند الإذنيّ صك يتعهد بمقتضاه شخص يسمى المحرر بدفع مبلغ معين في تاريخ معين أو قابل للتعين لأذن شخص آخر يسمى المستفيد .
ويتبين من ذلك أن هناك فرقاً بين الكمبيالة والسند الإذنيّ ، فبينما تقوم الكمبيالة على وجود أشخاص ثلاثة هم الساحب والمسحوب عليه والمستفيد ، فإن السند الإذنيّ يفترض وجود شخصين فقط هما المحرر والمستفيد . أما الشيك فهو صك يأمر فيه الساحب المسحوب عليه بدفع مبلغ من النقود من حسابه لديه إمّا إلى الساحب نفسه وإمّا إلى شخص آخر وإمّا لحامله . ويشبه الشيك الكمبيالة من حيث وجود أشخاص ثلاثة في كل منها هم الساحب والمسحوب عليه والمستفيد . ولكن يختلف الشيك عن الكمبيالة في أن الأول أداة وفاء ويقوم مقام النقود ولذلك يقتضي حصول الدفع بمجرد الاطلاع ، في حين أن الكمبيالة أداة ائتمان ووفاء ولذلك يختلف فيها تاريخ السحب عن تاريخ الوفاء أما الشيك فلا يحمل إلا تاريخاً واحداً .

وقد نصت المادة (٢٠) من نظام المحكمة التجارية على أن يعتبر من الأعمال التجارية « كل ما يتعلق بسندات الحوالة بأنواعها » ، أي الكمبيالة ، ولكنه لم ينص صراحة على السند الإذنيّ والشيك ، وعلى ذلك تثبت الصفة التجارية للكمبيالة أيّاً كان أو لو الشأن فيها أي سواء كان الساحب أو المسحوب عليه أو الضامن الاحتياطي أو المظهر إليه أو القابل أو الموفى بالواسطة تاجراً أو غير تاجر . وقد قصد المشرع من ذلك جعل الكمبيالة عملاً تجارياً مطلقاً لا ينظر فيه إلى طبيعة الدين أو إلى صفة الملتزم في الكمبيالة وتكاد تكون العمل الوحيد الذي تتوفر له التجارية المطلقة على هذا النحو .

ولعل المشرع قد أراد من ذلك أن تكون الكمبيالة شكلاً تجارياً بحتاً على اعتبار أنها من أدوات التعامل الخاص بالحياة التجارية . لكن يجب لذلك أن يفرغ الصك في صورة كمبيالة وأن تتوفر فيه كل الشروط الشكلية التي نص عليها القانون بالنسبة لها ، فان تخلف واحد من هذه الشروط فإن الصك يفقد

صفة الكمبيالة ولا يكون هناك محل لثبوت الصفة التجارية للالتزام الذى يتضمنه .

٢ - السند الإذنى :

لم ينص النظام صراحة على تجارية السند الإذنى ولذا فإنه لا يعد ورقة تجارية بصفة مطلقة كالكمبيالة ، ويعتبر السند الإذنى ورقة تجارية فى احدى حالتين :

الأولى : أن يكون السند الإذنى قد حرر بمناسبة عملية تجارية ، وذلك بصرف النظر عما إذا كان من حرره تاجراً أو غير تاجر . وهذا الحكم تطبيق للقواعد العامة .

الثانية : أن يكون محرر السند الإذنى تاجراً وقد اختلف الرأى بالنسبة لهذه الحالة خاصة مع عدم وجود نص صريح ، فهناك رأى يذهب إلى أن السند الإذنى يكون عملاً تجارياً فى هذه الحالة بصرف النظر عن طبيعة الدين الثابت فيه وسواء كان مدينياً أو تجارياً .

ولكن الأرجح فى نظرنا أن يكون السند الإذنى المحرر من تاجر متمتع بقرينة التجارية حتى يثبت العكس أى حتى يثبت التاجر أنه حرر السند الإذنى لعمل مدنى بحت .

٣ - الشيك :

لم يحسم نظام المحكمة التجارية الأمر بشأن تجارية الشيك ، كما لم يتضمن نظام الأوراق التجارية ما يحسم هذا الموضوع لذلك ثار الخلاف بين الفقهاء .

فذهب رأى إلى قياس الشيك على الكمبيالة بالنظر إلى أوجه الشبه بينهما ، ففى كل منهما صاحب ومسحوب عليه ومستفيد كما أن كلا من الشيك والكمبيالة يتضمن صدور الأمر من الساحب إلى المسحوب عليه للوفاء للمستفيد بمبلغ من النقود . ويقتضى هذا الرأى اعتبار الشيك عملاً تجارياً مطلقاً مهما كان أولو

الشأن فيه وبصرف النظر عن طبيعة التعامل الذى ترتب عليه سحب الشيك أو طبيعة الدين .

ولكن الرأى الراجع يذهب إلى أن الكمبيالة اعتبرت عملاً تجارياً مطلقاً على سبيل الاستثناء من القاعدة العامة التى تقضى بتحديد وصف الالتزام مدنياً أو تجارياً ، بالنظر إلى طبيعة التعامل الذى ترتب عليه ولذلك يكون من غير المقبول قياس الشيك على الكمبيالة ويتعين أن تراعى بالنسبة للشيك القاعدة العامة المشار إليها فيعتبر عملاً تجارياً إذا ثبت أنه سحب بمناسبة عملية تجارية . ومع ذلك إذا كان صاحب الشيك تاجراً افترض أنه سحب لعمل تجارى حتى يثبت العكس تطبيقاً لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية وقياساً على ماسبق أن ذكرنا بالنسبة للسند الإذنى .

المطلب الثالث

عمليات الصرف وأعمال البنوك

والصرف هو مبادلة نقود وطنية بنقود أجنبية وهو ما يسمى بالصرف اليدوى ، أو تلقى نقود يلتزم من يتلقاها بدفعها لمن قدمها بعملة أخرى فى مكان آخر ، وهذا ما يسمى بالصرف المسحوب .

ويعتبر الصرف بنوعية عمل تجارى ولو وقع مفرداً إذ نصت المادة (٢٠) على أن يعتبر من الأعمال التجارية كل ما يتعلق بالصرافة .

ويعوم بعمليات الصرف عادة البنوك أو الصيارفة المحترفون ويجنون منها ربحاً يظهر فى الفرق بين ثمن شراء النقود و ثمن بيعها والاستفادة من فروق الأسعار فى الزمان وفى المكان . ويشترط لاعتبار الصرف عملاً تجارياً أن يكون المصارف قاصداً بيع النقود التى يشتريها بقصد تحقيق الربح ، أما إذا لم يكن الباعث على الصرف تحقيق ربح فإنه لا يعد عملاً تجارياً وفقاً للقواعد العامة . ويعتبر القانون جميع عمليات البنوك أعمالاً تجارية وذلك كقاعدة عامة .

ويسرى هذا الحكم على الرأى الراجع حتى ولو كانت البنوك مملوكة للدولة .

ولا تعتبر عمليات البنوك تجارية في نظرنا إلا بالنسبة للبنك . أما بالنسبة لعمل البنك فانها لا تكون تجارية إلا إذا كان العميل تاجراً وكان تعامله مع البنك مرتبطاً بتجارته أو كان التعامل بمناسبة عملية تجارية .

هذا ومن الجدير بالذكر أن محكمة النقض المصرية اعتبرت العملية مع البنك تجارية من الناحيتين أى من ناحية البنك ومن ناحية العميل ولولم يكن العميل تاجراً^(١) ، وإن كان هذا الحكم محل انتقاد من بعض الفقهاء^(٢) .

المطلب الرابع

السمرة والوساطة في التجارة

نص النظام على أن يعتبر عملاً تجارياً كل عمل متعلق بالدلالة أى بالسمرة (مادة ٢ ج) والسمرة هى التقريب بين متعاقدين لتسهيل تلاقى العرض والطلب نظير مبلغ من المال يكون عادة نسبة مئوية من قيمة الصفقة . ويقتصر عمل السمسار على السعى لانتمام التعاقد وينتهى عند انعقاد العقد فلا يتحمل السمسار بأى التزام ينشأ عن العقد ولا يقوم بدور الوكيل عن أى الطرفين فقد نصت المادة (٣٠) من النظام على أن « الدلال هو من يتوسط بين البائع والمشتري لانتمام البيع بأجرة »^(٣) .

وتؤدى السمرة دوراً هاماً فى الوساطة بين التجار وأصحاب المصانع وبين عملائهم وبذلك تسهم فى تداول الثروات التجارية ، ولذلك اعتبرها المشرع

(١) انظر نقض مصرى فى ٢٧ يونيو ١٩٦٧ م مجموعة احكام النقض س ١٤ ص ٩٣٦ - ٩٤٧ .

(٢) انظر على جمال الدين : الوجيز ج (١) القاهرة ١٩٧٥ م رقم ٥٤ .

(٣) فى القانون الانجليزى ينوب السمسار عن العميل فى التعاقد ويختلف الوكيل بالعمولة فى انه لا يتمكن من حيازة ما يشتره ومن ثم فليس له حق الحبس ضماناً لحقوقه .

عملا تجاريا ولو وقع منفرداً ، ووفقاً للرأى الراجع تعد السمسرة عملاً تجارياً ولو كان العقد الذى يتوسط السمسار فى ابرامه عقداً مدينياً ، كتأجير أو شراء مسكن . ويتقاضى السمسار أجره عادة فى صورة نسبة مئوية من قيمة الصفقة التى يتوسط فى ابرام عقدها ، كما يمكن أن يتم الاتفاق على أن يكون الأجر مبلغاً محدداً .

المطلب الخامس

أعمال التجارة البحرية

أضفى النظام صفة التجارية على جميع أعمال التجارة البحرية فى الفقرة الخامسة من المادة (٢) من نظام المحكمة التجارية التى تضمنت تعداداً لبعض هذه الأعمال وقد ورد هذا التعداد على سبيل المثال إذ نصت الفقرة المذكورة على تجارية جميع المقاولات المتعلقة بسائر أمور التجارة البحرية .

وإنشاء السفن هو أول الأعمال التى ينص النظام على تجاريتها صراحة إذ نص على تجارية « كل عمل متعلق بإنشاء سفن تجارية أو شراعية واصلاحها » .

ويعتبر عقد إنشاء السفينة تجارياً بالنسبة لطرفيه . فإذا كانت السفينة مخصصة لملاحة النزهة يعتبر بناؤها بالنسبة لرب العمل عملاً مدينياً .

كذلك يعتبر تجارياً كل عمل يتعلق بشراء سفن أو بيعها فى الداخل والخارج . ويكون شراء السفينة تجارياً ولو لم يكن المشتري يقصد إعادة البيع^(١) أما شراء سفينة مخصصة للنزهة فإنه لا يعتبر عملاً تجارياً .

كما يعتبر من الأعمال التجارية عمليات تجهيز السفن بالمهمات أو الأدوات وهى المنقولات اللازمة لاستغلال السفينة تجارياً كالصواري والحبال والاهلاب وقوارب النجاة وغيرها . أو بالذخائر وما يلزم لتسيير السفينة أثناء الرحلة من

(١) انظر محسن شفيق الموجز ج ١ رقم ٦٨

زيت ووقود أو تموين أياً كانت طبيعته أو نوعه كالمأكولات والمياه العذبة ووسائل التسلية .. الخ .

وقد أضفى النظام التجارية على بيع هذه المنقولات ، ولو لم يكن مسبوقاً بشراء وإلا كان النص مجرد تكرار للقاعدة العامة وهذا مانتزه عنه المشرع ، وعلى ذلك يعتبر عملاً تجارياً تموين السفن بالفحم أو البترول والزيت ولو كان القائم به يبيع ما يستخرجه مباشرة من مناجمه أو مصادره الطبيعية مباشرة .^(١) .
كذلك اعتبر النظام عملاً تجارياً كل صورة من صور عقد النقل البحري ومثال ذلك ما يتعلق باستئجار أو تأجير السفن .

ولا تثير تجارية عمل الناقل البحري أى شك بالنسبة للناقل . أما بالنسبة للشاحن فالراجع أن تطبق عليه القواعد العامة في التجارية ، وهذا هو مذهب القضاء في كثير من دول العالم .

ويخلع النظام أيضاً الصفة التجارية على « كل اقراض واستقراض بحرى على السفينة أو شحنها وكل عقود الضمانات المتعلقة بها » . وبذلك يكون القرض البحري أو القرض ذو المخاطرة الجسيمة تجارياً بالنسبة لطرفيه المقرض والمقرض وكذلك عقد الرهن البحري . والقرض البحري هو الذى يطلق عليه القرض ذو المخاطر الجسيمة أو العظيمة ، وهو نظام قديم تطور في البلاد الغربية إذ كان الربان يقرض المبالغ اللازمة لاستغلال السفينة والقيام بالعمليات التجارية ويكون هذا القرض في مقابل فائدة تكون مرتفعة عادة إذ تصل إلى ٣٠٪ من مبلغ القرض غير أن المقرض لا يكون له الحق في استرجاع مبلغ القرض والفائدة المذكورة إلا إذا عادت السفينة سالمة . أما إذا غرقت السفينة أو هلكت فلا يستحق المقرض شيئاً ، لا مبلغ القرض ولا الفائدة . وهذا القرض البحري يعتبر بحسب القانون عملاً تجارياً بالنسبة لطرفيه . غير أن أهمية القرض البحري قد قلت في الوقت الحاضر بسبب ظهور نظام الرهن البحري ، ونظام التأمين البحري .

(١) انظر اجتهادات الفقهاء في هذا الموضوع محسن شفيق المرجع السابق رقم ١١٥ ومصطفى طه رقم ١٠٧ واكتم الحولى ص ٨٥ وعلى حسن يونس رقم ١٠١ .

ويعتبر كذلك من أعمال التجارة البحرية كل ما يتعلق بأجرة عمال السفن ورواتب ملاحيها وخدمها وكذلك عقد العمل البحري بالنسبة للمجهز ، أما بالنسبة للملاح ، فالراجح أن العقد يكون مدنياً دائماً وذلك تطبيقاً للقواعد العامة .

ويولد عقد العمل البحري التزامات على الطرفين ، فالمجهز يلتزم بدفع الأجر وعلاج الملاح في حالة مرضه أو إصابته بجرح وترحيل الملاح في حالة انتهاء عقد الاستخدام في الخارج . كما يلتزم الملاح بتأدية العمل الذي يكلف به على ظهر السفينة .

وتعتبر التزامات المجهز الناشئة عن عقد العمل البحري تجارية متى كان الأمر يتعلق باستغلال سفينة تجارية . أما بالنسبة للملاح فقد ثار خلاف ، إذ يذهب البعض إلى أن التزامات الملاح تعتبر هي الأخرى التزامات تجارية استناداً إلى عموم النص الذي يعتبر استخدام الملاحين في السفن التجارية عملاً تجارياً . غير أن الراجح أنه لما كان التزام الملاح هو القيام بالعمل ، وكان المجهود الشخصي لا يعتبر من قبيل النشاط التجاري فإنه التزامات الملاح لا تعتبر تجارية أما بالنسبة لسفن النزهة فلا خلاف في أن عقد العمل البحري يعتبر عملاً مدنياً بالنسبة لطرفيه على السواء لانتفاء المضاربة .

المطلب السادس

أعمال تجارية أخرى

إلى جانب ماتقدم هناك أعمال أخرى لاخلاف على طابعها التجاري ولو قام بها الشخص مرة واحدة رغم عدم ورودها ضمن التعداد الوارد في نصوص النظام وهو مادرج عليه القضاء واستقر عليه الفقه في كثير من دول العالم . ومن هذه الأعمال بوجه عام عقود الشركات التجارية بالنسبة للشركاء حسب الرأي الراجح وعقد القرض التجاري .

ولم يشر نظام المحكمة التجارية إلى عقد القرض كعمل تجارى ومع ذلك فالراجح تجارته وقد جرى القضاء في كثير من بلاد العالم على اعتبار القرض تجارياً إذا كان مخصصاً لتمويل عملية تجارية كالشراء لأجل البيع أو الصناعة وإن كان القضاء في بعض البلاد الأخرى قد اعتبر الاقتراض من البنوك دائماً عملاً تجارياً وذلك بالنسبة للمقرض وهو ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية .

أما بالنسبة للمقرض فهو يعتبر تجارياً إذا كان يدخل في مدلول أعمال البنوك على التفصيل السابق .

كذلك تعتبر من الأعمال التجارية عقود الضمان التى تؤمن تنفيذ الالتزامات التجارية .

وقد اتفق الرأى على استبعاد الرهن التأمينى الذى يعتبر مدنياً في كل الأحوال نظراً لوروده على العقار . أما الرهن الحيازى فإنه يكون تجارياً - إذا كان قد تم تأميناً على عمل من الأعمال التجارية سواء أكان الراهن تاجراً أم غير تاجر . إذ ترتبط صفة الرهن بصفة الالتزام المضمون فالعبرة بطبيعة الالتزام بالنسبة للمدين . أما صفة الرهن للنسبة للدائن المرتهن فتحدها القواعد العامة في التجارة .

ولاتكون كفالة الدين التجارى بذاتها عملاً تجارياً لأن الأصل في الكفالة أنها من أعمال التبرع . ولكن يكون التزام الكفيل تجارياً موضوعياً إذا كانت الكفالة من أعمال البنوك أو كان الالتزام المكفول ناشئاً عن كمبيالة أو سند اذنى يعتبر عملاً تجارياً .

ويعتبر عقد التأمين البحرى من الأعمال التجارية المفردة ، هذا ومن الجدير بالذكر أن نظام المحكمة التجارية قد نظم عقد التأمين البحرى في المواد من ٣٢٤ وما بعدها .

هذا وقد سبق أن ذكرنا أن تعداد أعمال التجارة البحرية قد ورد على سبيل المثال .

المبحث الثاني : المقاولات التجارية

حدد المشرع التجارى عددا من الأعمال أسبغ عليها الصفة التجارية بحسب النظام ولو كانت مفردة وهى التى سبق ان عرضنا لها ، فى حين أن أعمالا أخرى لا تعتبر تجارية إلا إذا وقعت فى صورة المقاوله .

وهذه الأعمال فى النظام السعودى هى ذاتها فى القانون الفرنسى رغم اختلاف صياغة النصوص . وهذه الأعمال هى :

الصناعة والوكالة بالعمولة والنقل والتوريد والبيع بالمزاد ومقاوله محلات ومكاتب الاعمال ومقاوله انشاء المباني .

ويمكن تقسم هذه المقاولات من الناحية الاقتصادية حسب طبيعة محلها الى مقاولات انتاج وهى الصناعة وانشاء المباني ، ومقاولات بيع وهى التوريد والبيع بالمزاد ، ومقاولات خدمات وهى النقل ومحلات ومكاتب الاعمال ، ومقاولات توسط وهى مقاوله الوكالة بالعمولة . وهذا بالاضافة الى المقاولات التى لم يتضمنها النظام صراحة وان كان القضاء والفقه قد استقر على تجاريتها بلانصّ مثل مقاولات النشر ومقاولات التأمين بمختلف أنواعه .

وبديهى أن المقاوله تفترض تكرار العمل على نحو يأخذ شكل الاحتراف فلايكفى القيام بالعمل مرة واحدة أو مرات محدودة بشكل منعزل بل يجب تكرار القيام به على نحو متصل معتاد وعلى نحو يأخذ شكل الاحتراف .

وتكرار القيام بالعمل على نحو متصل لايكفى لتعريف المقاوله ، بل يجب أن تخضع المقاوله لنوع من التنظيم وان يكون تكرار العمل استنادا الى تنظيم سابق وخطة موضوعة يتمثلان فى مجموعة من الوسائل والاساليب المادية والقانونية اللازمة لممارسة هذا النشاط كاستخدام الغير ، وشراء مواد الانتاج ، والاستقرار فى مكان خاص معد للقيام بهذا التكرار المعتاد للعمل . وعلى ذلك تكون المقاوله هى تكرار العمل على نحو متصل معتاد يأخذ شكل الاحتراف استنادا الى تنظيم سابق يحقق جمع عناصر الانتاج والتنسيق بينها فى مشروع ما .

ويشترط في المقاولات التى يتضمن موضوعها عملا ماديا - كمقاولات الانتاج الصناعية ومقاوله المباني ومقاوله النقل - ان يتوافر فيها عنصر قانونى آخر يضاف الى مجرد التكرار وما يستلزمه عادة من تنظيم مادي . هذا العنصر هو المضاربة على عمل الغير أى استمرار عمل الغير لقاء أجر ثابت بقصد بيع ثمرة هذا العمل بثمن اكبر من الإجر وتحقيق الربح من الفائض أو الفرق ، فالمضاربة على عمل الغير هى أساس تجارية هذه الأعمال أو المقاولات والا كان العمل مدنيا .

ولاتخضع مقاولات البيع والتوسط لهذا الشرط لانها تتم بالقيام بتصرفات قانونية كالبيع أو ابرام العقود لحساب الغير ومن ثم لا يشترط فيها المضاربة على عمل الغير .

فاذا لم يأخذ النشاط صفة مشروع يقوم على تكرار العمل والتنظيم السابق والمضاربة على عمل الغير اذا كان موضوع النشاط ماديا فقد يكون العمل حرفيا مدنيا والحرفى شخص يمارس مهنة تتطلب عملا يدويا بنفسه ودون مضاربة على عمل الغير اذ يقتصر عمله على استغلال نشاطه ومواهبه الشخصية ، ويصدق هذا الوصف على النجار والحداد والسباك والساعاتى والنظاراتى وصانع الجلود والميكانيكى الذى يقوم باصلاح السيارات وصانع الاحذية أو مصلحها وهم يقومون بالصناعة ، كما يصدق على مالك سيارة الاجرة الذى يقودها بنفسه وهو يقوم بالنقل . ولا بأس من ان يستعين الحرفى بعدد قليل من العصبية أو العمال يساعدونه فى عمله على أن يقوم بالعمل أساسا بنفسه . وكذلك ليس هناك ما يمنع الحرفى من الاستعانة ببعض الآلات التى يديرها بنفسه ، لأنه وإن كان يضارب على هذه الآلات لا يضارب على عمل الغير ولا يستخدم الآلة الا كوسيلة لتقديم عمله الشخصى . ويثور الشك فى صفة الحرفى اذا كان يمارس عمله فى محل أو ورشة صغيرة بها عدد من الآلات يديرها بعض العمال وإن كان الراجح أنه مادام الحرفى يحتاج الى معاونة نفر قليل من اقاربه او عدد من الصبيان ومادامت هذه المعاونة ثانوية بالنسبة الى استغلال نشاطه ومواهبه الشخصية فان عمله يظل

حرفيا ومدنيا لا يتصف بالتجارية .

وقد يساهم في صعوبة التفرقة بين النشاط الحرفي المدني والنشاط التجارى ان كثيرا من الحرفيين يمارسون الشراء لأجل البيع بربح ، وذلك بالنسبة للمواد الأولية اللازمة لعملهم كالخياط الذى يشتري القماش ، أو النجار الذى يشتري الأخشاب أو النظاراتى الذى يشتري الزجاج اللازم لصناعة النظارات ومن ثم تتور الصعوبة بشأن مدنية أو تجارية أعمال صاحب المشروع .

ويأخذ القضاء فى مصر وفرنسا بالنشاط الغالب ، فمجرد شراء بعض المواد وبيعها لا ينفى صلة الحرفى ولكن بشرط الا يطفى نصيب المضاربة على المواد المقدمة بعد العمل عليها على نصيب مكافأة العمل الشخصى ، فاذا كان نصيب صاحب المشروع من المكافأة عن العمل الشخصى أو المهارة الشخصية أو استغلال النشاط الشخصى هو العنصر الراجح الغالب ظل النشاط مدنيا لبقائه فى دائرة النشاط الحرفى والا اتصف عمله بالتجارية .

الفصل الثالث

الأعمال غير التجارية بطبيعتها

من المتفق عليه أن الاعمال المدنية بطبيعتها ترد إلى أصلين قديمين هما الاستغلال الاول للطبيعة وهو الزراعة والصناعات الاستخراجية والاستغلال المباشر للملكات الانسانية من انتاج ذهنى أو عمل .

المبحث الأول : الاستغلال الأول للطبيعة

المطلب الأول

الزراعة

استقر العرف منذ القدم على اعتبار العمليات الزراعية وفلاحة الارض

أعمالاً مدنية فلا خلاف على ان الزراعة - وكل مايتصل بها من الاعمال - خارجة عن نطاق القانون التجارى . وتنص المادة (٣) من نظام المحكمة التجارية على أنه (اذا باع مالك الارض أو المزارع فيها غلتها بمعرفته . . . فلا يعد شيء من ذلك عملاً تجارياً) ويشمل الطابع المدنى كل الأعمال التى تستلزمها الزراعة كاستئجار الارض الزراعية وشراء البنور والآلات والأدوات أو استئجارها وشراء السماد وجنى المحصول وعقد العمل مع العمال الزراعيين وغير ذلك من الاعمال التى تستلزمها الزراعة .

المطلب الثانى

العمليات الاستخراجية

هى عمليات استخراج المعادن والصخور وغيرها مباشرة من الطبيعة كاستخراج الفحم والحديد والبتروول وقطع الاحجار واستغلال العيون المدنية ، ويلحق بهذه العمليات أعمال صيد الاسماك واللالىء وغيرها مما يستخرج من البحار ، وتعتبر هذه العمليات الاستخراجية داخلية فى نطاق النشاط المدنى .

المبحث الثانى : الاستغلال المباشر للملكات الإنسانية

المطلب الأول

الانتاج الذهنى

ويقوم استبعاد الانتاج الذهنى من النطاق التجارى على قاعدة تقليدية تقوم أساساً على احترام هذا النوع من الانتاج والمحرص على نفى الصفة التجارية عنه .

الانتاج الذهنى هو العمل الذى ينتج من اعمال الفكر والذهن كتأليف كتاب أو رسم لوحة أو نحت تمثال أو تلحين أغنية . ولا يعتبر هذا العمل من قبيل الأعمال التجارية .

وهناك قاعدتان تحكمان هذا النوع من الانتاج أولهما ان حصول المنتج

الذهنى على مقابل مالى من عمله أيا كان نوعه يعتبر عملا مدنيا سواء أباغ المؤلف حق النشر الى ناشر أم قام بنفسه بعملية النشر وحصل من جراء ذلك على عائد مالى .

والقاعدة الثانية هى ان التوسط فى تداول الانتاج الذهنى ونشره بقصد الربح هو عمل تجارى لا يخرج عن أن يكون شراء بقصد البيع اذ يخلع التوسط عن هذا العمل صفته المدنية ويلحقه بالاعمال التجارية لأن الوسيط ليس الا مشترىا يقصد اعادة البيع .

المطلب الثانى

الصحافة

اختلف الرأى بشأن الصحافة واستغلال الصحف والمجلات فقد اعتقد البعض أنها من قبيل الانتاج الذهنى ومن ثمّ تعتبر عملا مدنيا ، ولكن الرأى الراجح يعتبر اصدار الصحيفة عملا تجاريا اذا اجتمع شرط التوسط وشرط استهداف الربح .

فاذا تحقق شرط التوسط بان كان صاحب الجريدة مجرد وسيط بين المحررين والقراء وكان لا يساهم فى تحريرها وينحصر عمله فى التنظيم الادارى والاشراف العام تحقق الشرط الأول وهو شرط التوسط لتجارية العمل الصحفى ، أما إذا كان صاحب الجريدة يساهم فى التحرير فإنه لا يكون وسيطا ولا يمكن ان يعتبر اصدار الجريدة عملا تجاريا .

ولا يكفى شرط التوسط وحده فاذا كان صاحب الجريدة مجرد وسيط ، فإن اصدار الجريدة لا يكون عملا تجاريا الا اذا كان الهدف منه هو تحقيق الربح . ويتحقق ذلك فى الصحف التى لا يكون لها اتجاه واضح والتى تقتصر على نقل الاخبار المختلفة للقراء وتسليتهم تحقيقا للربح فيعتبر اصدار مثل هذه الصحف عملا تجاريا . اما صحف الرأى والمبدأ فإن اصدارها يكون دائما عملا مدنيا سواء أكانت الفكرة التى تدافع عنها الصحيفة فكرة دينية أو سياسية أو اجتماعية

أو اقتصادية أو فنية طالما أن الهدف من اصدار الصحيفة أو الجريدة ليس تحقيق الربح .

وإذا أردنا تطبيق هذه القواعد على النشاط الصحفى فى المملكة العربية السعودية فإننا نجد أن الأهداف من العمل الصحفى قد حددتها قواعد تشريعية ونأت بها عن أهداف الربح المادى المجرد ، فالمادة (٢٠) من نظام المطابع والمطبوعات الصادر عام ١٣٥٨هـ تنص على أن الأهداف التى ترمى إليها الصحافة بمختلف أنواعها يجب أن تكون هى الدعوة الى الفضيلة والتشبيث بمبادئ الشريعة الحنيفة السمحاء وارشاد الجمهور الى مافيه الخير والنفع العام . وكذلك تقضى المادة (١٠) من نظام المؤسسات الصحفية الأهلية الصادر عام ١٣٨٣هـ ، بأن الواجب الرئيسى لكل عضو فى المؤسسة الصحفية هو الاشتراك مع بقية الأعضاء فى توجيه تحرير الجريدة طبقا للمصلحة العامة كما تنص المادة (١١) من هذا النظام بأنه لا يجوز لأى عضو فى المؤسسة أن يستفيد من عضويته للتأثير على رئيس التحرير أو المحررين تأثيرا يستهدف من ورائه تحقيق كسب أدبى أو مادى .

وبين لنا من استعراض هذه النصوص أنه لا يجوز أن تكون هناك صحافة تجارية تستهدف تحقيق الربح فى المملكة وعلى ذلك يتعين القول بأن اصدار الصحف على اختلافها فى المملكة يعتبر عملا مدينا لأن المشرع جرده من أهداف الربح المادى وفرض له أهدافا أخرى لا بد أن يتجه لها العمل الصحفى .

المطلب الثالث

المهن الحرة

هى الأعمال التى تقوم على استغلال المواهب الخاصة أو الخبرة العملية والفنية الذاتية وتتميز هذه المهن عن غيرها بأنها لا تتضمن إلا عملا عقليا وذهنيا أو فنيا محضا ، وتقوم على المهارة الشخصية لمن يمارسها وعلى ثقة الناس فى

قدرته وكفاءته ، وتفترض قدرا لازما من الترفع عن المادة يميزها عن المهن التجارية التى تقوم على الرغبة فى تحقيق أكبر ربح ممكن . ويصعب تحديد هذه المهن تحديدا دقيقا جامعا مانعا . ولكن العرف جرى على أنها تشمل مهنة المحاماة والطب والتعليم وعمل المهندس .

وقد قام الخلاف بشأن مهنة الصيدلة خاصة وانها تتطلب مؤهلات علمية وخبرة شخصية ، ولكنها تحولت فى العصر الحديث إلى مجرد بيع أدوية معلبة مصنعة ولذلك اتجه الرأى فى بعض البلاد الى اعتبارها مهنة تجارية وهذا ما اتجه اليه القضاء فى مصر أخيراً .

ونشاط أصحاب المهن الحرة فى ممارسة مهنهم نشاط مدنى ، ولكن ممارسة المهنة الحرة قد يقترن بالقيام بأعمال تجارية كالشراء لأجل البيع أو غيره . وقد طبق القضاء هنا أيضا معيار النشاط المتغلب .

فإذا لم يقتصر الشخص على مجرد استغلال مواهبه أو خبرته وفنه ولكنه قام إلى جانب ذلك بعمليات أخرى من قبيل الأعمال التجارية كما اذا افتتح الطبيب عيادة أو مصحة يقدم فيها للمرضى العلاج والغذاء اللازم لهم وكان الغرض الرئيسى من افتتاح المصحة هو المضاربة على ايواء المرضى والاعذية التى تقدم ، فإن الطبيب يقوم فى هذه الحالة بعمل تجارى بالرغم من ان الارشادات الطبية والعلاج يدخل ضمن الاشياء التى يقدمها الطبيب لمرضاه لأنها ذات أهمية ثانوية بالنسبة لمجموع الخدمات والأشياء التى يقدمها لهم .

وكذلك إذا لم يقتصر المهندس على تقديم التصميمات اللازمة لانشاء مبنى معين ولكنه ورد الادوات والمهمات اللازمة للبناء فان هذا العمل من جانبه يكون ذا صبغة تجارية لأن توريد الأدوات والمهمات اللازمة للبناء عمل تجارى غالب يفوق فى أهميته تقديم التصميمات المطلوبة لذلك يعد نشاطه تجاريا .

المطلب الرابع

عقود العمل

يعد العمل الانساني يدويا كان أم ذهنيا - من أبرز الملكات الانسانية ، فاذا استغلها صاحبها لتحقيق عائد مالى بأن وضع قدرته على العمل فى خدمة الغير نظير أجر وفقا لعقد عمل فإنه يقوم بعمل مدنى ، فالأجير موظفا أو مستخدما أو عاملا - يقوم بعمل مدنى لأنه يحترف بيع العمل ولا يعد مايقوم به عملا تجاريا .

ويسرى هذا على كل صور عقود العمل سواء أكانت برية أو بحرية .
على أننا سبق أن ذكرنا أن عقد العمل البحرى يعد من ناحية المجهز للسفينة عملا تجاريا أما عقد العمل البرى بالنسبة لرب العمل فيخضع للقواعد العامة التى سبق أن أشرنا إليها .



الباب الثاني التاجر

بعد ان انتهينا من دراسة الاعمال التجارية نعرض الى دراسة ما الذى يقصده النظام بالتاجر ثم نتولى بعد ذلك دراسة التنظيم القانونى لسير الحرفة التجارية أو القواعد التى وضعها النظام لضمان قيام نشاط التجار على أساس سليم وخلق الجو الملائم لتمكين التجار من ممارسة نشاطهم فى سهولة ويسر وفى اطار النظام .

الفصل الاول

شروط اكتساب صفة التاجر

عرفت المادة (١) من نظام المحكمة التجارية بأنه « كل من اشتغل بالمعاملات التجارية واتخذها مهنة له » وقد يفهم من ذلك ان الشرط الوحيد لاكتساب صفة التاجر هو احتراف الاعمال التجارية ولكن يجب كذلك لاكتساب هذه الصفة ان يتمتع التاجر بالاهلية اللازمة لاحتراف التجارة وللقيام بالاعمال التجارية .

ويجب فضلا عن ذلك لاكتساب صفة التاجر توافر شرط المسؤولية غير المحدودة عن الديون الناشئة من ممارسة التجارة ، اى ان يغامر المحترف بذمته

كاملة في نشاطه التجارى تطبيقاً لمبدأ وحدة الذمة ، فالنظام لايجيز اكتساب صفة التاجر لمن يرغب في تحديد مسؤوليته عن الديون التجارية ، ولا يأخذ النظام السعودى بشركة الرجل الواحد . فاذا لجأ شخص الى هذا التجديد فالشركة لاتقوم . وعلى من يريد تحديد مسؤوليته ان يدخل الاموال التى يقبل المغامرة بها في ذمة شركة تجارية تتمتع بالشخصية القانونية وتسأل في كل اموالها . فالشخص الذى يريد ان يكتسب صفة التاجر لا يستطيع ان يحدد مسؤوليته عن ديونه التجارية الا عن طريق الاشتراك في خلق شخص قانونى آخر يسأل عن الديون في كل أمواله . وتطبيقاً لهذا المبدأ يعتبر الشريك المتضامن في شركة التضامن او شركة التوصية بنوعيتها تاجراً لأنه يغامر بذمته كاملة في نشاطه التجارى . وبالعكس لا يكون الشريك الموصى أو المساهم أو الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة تاجراً لأن مسؤوليته محددة . أما الشركة التجارية فهى تاجرة لأنها شخص قانونى يسأل في موضوع ذمته . وهكذا تكون المسؤولية المطلقة عن الديون التجارية من الشروط اللازمة لاكتساب صفة التاجر .

تبدو أهمية التفرقة بين من يكتسب وصف التاجر وبين من لايتوفر فيه هذا الوصف من أن بعض الاحكام التى تنظم ممارسة التجارة وأعمال التجار لا يخضع لها سوى التجار ، كال التزام التاجر بالقيد في السجل التجارى ، وامساك الدفاتر التجارية ، والخضوع لنظام الافلاس والصلح الواقع منه ، كما أن بعض المهن التجارية تخضع لأحكام خاصة ، كالوكالة التجارية ، والاستيراد والتصدير ، وبعض الصناعات كصناعة الادوية والأغذية وغيرها .

ويضع النظام لمن يكتسبون صفة التاجر حقوقاً خاصة بهم ، كعضوية الغرف التجارية والصناعية .

كذلك فإن لوصف التاجر صلة وثيقة بتحديد نطاق تطبيق الانظمة التى تنظم التجارة ، ذلك أن مجال هذا التطبيق يتسع ليشمل أعمالاً هى في الأصل أعمال مدنية تتصف بالصفة التجارية لارتباطها بشخص من يقوم بها اذا كان تاجراً ، وهى الأعمال التجارية التبعية وتتجه الأحكام القضائية الى وضع قرينة ،

يفترض بموجبها أن جميع الأعمال التى يقوم بها التاجر تعد أعمالا تجارية إلى أن يقوم الدليل على العكس .

المبحث الأول : احتراف الأعمال التجارية

اشترط النظام فى المادة الأولى منه لاكتساب صفة التاجر اتخاذ الشخص الاعمال التجارية مهنة له وبعبارة أخرى فان النظام قد اشترط احتراف الاعمال التجارية بتكرار الشخص للقيام بالأعمال التجارية بصفة مستمرة ومنظمة على نحو يبعث على الاعتقاد بأن الشخص قد استهدف اتخاذ العمل التجارى مهنة له وسبيلا للارتزاق .

وليس من السهل فى الواقع وضع تعريف دقيق للحرفة لأنها فكرة اجماعية أكثر مما هى قانونية ، ويمكن على أى حال تعريف الاحتراف بأنه توجيه النشاط بشكل رئيسى معتاد الى القيام بعمل معين بقصد الربح أو بأنه مباشرة نشاط يتخذ وسيلة لكسب العيش .

ويقوم قصد الربح كعنصر مشترك بين الأعمال التجارية لذلك يمكن تعريف احتراف الاعمال التجارية بأنه توجيه النشاط على نحو رئيسى معتاد الى القيام بهذه الأعمال .

ولايكفى قيام الشخص بأى أعمال تجارية على وجه الاعتقاد ليكسب صفة التاجر إذ يجب ان يتخذ الاحتراف والاعتقاد سبيلا للارتزاق ، فمن الاعمال مالا يتصور أن يحترفه الشخص كصكوك الائتمان والوفاء التجارية (الكمبيالة والسند الأذنى والشيك) إذ من غير المعقول أن يوجه شخص نشاطه على نحو رئيسى معتاد الى سحب الكمبيالات أو الشيكات أو تحرير السندات الاذنية لأن هذه الاعمال بطبيعتها تابعة لنشاط رئيسى آخر قد يكون مدنيا وقد يكون تجاريا . فمالك العقار الذى يسحب كمبيالات بالاجرة على مستأجره ليس تاجرا لأنه لا يحترف سحب الكمبيالات بل يحترف تأجير العقار .

والاحتراف يقتضى تكرار القيام بالأعمال التجارية والاعتiad على ممارستها فلا يعد تاجرا من يقوم بعمل تجارى عارض أو متقطع .

وإذا كان الاحتراف يقتضى الاعتiad فانه يجب لكى يكون الاعتiad احترافا توجيه النشاط بصفة رئيسية للأعمال التجارية فالاعتiad مرتبة أدنى من الاحتراف لا تكفى لاسباع صفة التاجر على من يعتاد القيام بالأعمال التجارية ، وعلى ذلك فمستأجرو الأرض الزراعية أو الزراع الذين يتولون عادة شراء محاصيل الغير لبيعها مع محصولاتهم وما يقوم به بعض الاشخاص من عمليات تجارية أثناء موسم الحج فقط لا يعد احترافا لمهنة التجارة .

وتختلف صور الاحتراف فى العمل سواء من حيث شكل الاحتراف - بأن يكون ظاهرا أو مستترا منظما أو غير منظم واحدا أو متعددا - أم من حيث شخص المحترف - الذى قد يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا خاصا أو عاما - أم من حيث مشروعية هذا الاحتراف أو عدم مشروعيته .

ويطرح تنوع الاحتراف التساؤل عما إذا كان هذا التنوع والتغاير يؤثر على وصف المحترف للأعمال التجارية بصفة التاجر .

المطلب الأول

الاحتراف الظاهر والمستتر

من الواضح أن يفتن احتراف التجارة بالعلانية والاعلان عنه التى تتمثل فى اتخاذ محل تجارى لافت للنظر والاعلان عنه بشتى الوسائل واستعمال مطبوعات باسم المحل ونحو ذلك . ولكن المحترف قد يمارس تجارته خفية وبطريق مستتر لاسباب كثيرة ، فقد يكتفى الشخص بممارسة التجارة فى الخفاء . ولكن قد يلجأ الشخص الى الاستتار وراء شخص آخر بأن يمارس التجارة مخفيا وراء من يتاجر بأمواله ويعمل لحسابه وان كان يظهر أمام الغير على أنه التاجر الحقيقى ويتعامل باسمه دون اشارة الى الشخص المستتر . وكثيرا ماتتحقق هذه الصورة فى العمل للتحايل على حظر الاتجار على بعض

الاشخاص كالموظفين والمحامين وغيرهم من أصحاب المهن الحرة .
والراجع في هذه الحالة أن الشخص المستتر يكتسب صفة التاجر لأنه
يستفيد من أرباح التجارة ويتحمل مخاطر الخسائر ومن ثم يجوز اشهار افلاسه ،
أوالشخص الظاهر ، فان مسئوليته عن الدور الذي يلحقه هذا الوضع بالغير
الذين تعاملوا معه على أنه التاجر محل خلاف بين الفقهاء وإن كان الرأي الراجح
يذهب الى وجوب اعتباره تاجرا تطبيقا لنظرية الظهور وحماية لثقة الغير
المشروعة التي نتجت عن ظهوره بمظهر التاجر واعتقاد الغير بتمتعته بصفة
التاجر (١) .

ومن الجدير بالذكر أنه نظرا لوجود حالات كثيرة جدا للاتجار المستتر في
المملكة من قبل موظفي الدولة ومن غيرهم فقد صدر قرار مجلس الوزراء رقم
٢٣٠ وتاريخ ١٢/٢/١٣٨٧هـ ، متضمنا اعتبار قيام الموظف بتسجيل المحل
التجاري باسم القاصر المشمول بولايته أو وصايته اشتغالا بالتجارة بطريق غير
مباشر .

كذلك أخطرت ادارة السجل التجاري ان تمتنع عن تسجيل مؤسسات
تجارية يملكها بطريق مباشر أو غير مباشر موظفو الدولة العامون (٢)

المطلب الثاني

الاحتراف المتعدد

قد تتعدد حرف الشخص الواحد الذي يمارس عدة مهن ويعتمد عليها في
كسب العيش وكمورد للرزق ، وقد تكون إحدى هذه الحرف فقط تجارية كأن

(١) انظر في هذا الخصوص على جمال الدين : الوجيز ١٠٧ ومحمد حسين عباس : القانون
التجاري العربي ص ١٦٣ .

(٢) خطاب سمو الامير فيصل الى وزارة الخارجية بتاريخ ٩/٣/١٣٨٠هـ ، ويلاحظ ان نظام
الخدمة المدنية ينص في المادة ١٣/١- أ على انه يعد اشتغالا بالتجارة وفق احكام النظام قيام الموظف
بتسجيل محل تجاري باسم القاصر الذي تشمله ولايته أو وصايته .

يكون الشخص تاجرا ومزارعا أو موظفا وتاجرا . فما أثر تعدد الحرف على إكتساب ذلك الشخص لصفة التاجر ؟

القاعدة ان الشخص الذى يمارس حرفة تجارية يعتبر تاجرا ولو كانت حرفته الرئيسية التى يعتمد عليها أساسا فى معاشه حرفة مدنية ، بشرط ألا تكون الأعمال التجارية مندمجة فى الحرفة المدنية الرئيسية وإلا كانت أعمالا مدنية لا تكتسب صفة التاجر . أما فى غير هذه الصورة فان الشخص يكون تاجرا إذا مارس مهنة أو حرفة تجارية الى جوار مهنة وحرف أخرى .

وعند تعدد المهن أو الحرف تخضع كل مهنة أو حرفة للقانون الخاص بها فاعمال الشخص التجارية يسرى عليها القانون التجارى وأعماله المدنية يسرى عليها القانون المدنى ، ولكن اذا كان للشخص نشاط مدنى وآخر تجارى وتوقف عن دفع ديونه التجارية - ولو كانت حرفته التجارية ثانوية - فان افلاسه يشهر وتضمن كافة امواله ديونه التجارية تطبيقا لمبدأ وحدة الذمة الذى يأخذ به القانون ويعتمد من أبرز وأهم الأسس التى يقوم عليها القانون التجارى .

المطلب الثالث

تأثير حجم المشروع ودرجة تنظيمه على احتراف التجارة

القاعدة العامة فى التشريع السعودى عدم التفرقة بين صغار التجار وكبارهم بل تثبت صفة التاجر لكل من يحترف الأعمال التجارية أيا كان حجم المشروع التجارى أو مبلغ تنظيمه المهنى . فالباعة الجائلون وبائعوا الملابس القديمة والنساء المنتجولون كلهم تجار فى نظر القانون وفقا للقواعد العامة وان تدنت رؤوس اموالهم وإنخفضت ارقام أعمالهم وأرباحهم .

ولكن لا يمكن اطلاق هذه القاعدة وتطبيقها بكل ابعادها خاصة اذا تعلق الأمر ببعض الالتزامات التى يكون من العسير الزام أصاغر التجار بها ، لذلك فقد جرى العمل على اعفاء اصاغر التجار من بعض التزامات التجار كالقيد فى

السجل التجارى وامساك الدفاتر والخضوع لنظام الافلاس .
ويتجه التشريع التجارى السعودى الى التفرقة بين كبار التجار وصغارهم
بالنسبة لبعض الالتزامات فلا يلتزم بالقيد فى السجل التجارى الا التاجر الذى
له محل ثابت يباشر فيه مهنته (مادة ٥ من نظام السجل التجارى) وبشرط أن
يتجاوز رأس ماله خمسة آلاف ريال . اما الذين يقل رأس مالهم عن هذا القدر
فانهم لا يقيدون فى السجل الا اذا رغبوا فى ذلك باختيارهم وتسرى عليهم عندئذ
أحكام النظام^(١)

هذا ومن الجدير بالذكر ان التشريع التجارى الحديث يتجه الى التمييز
والتفرقة بين كبار التجار وصغارهم بالنسبة للخضوع لبعض الالتزامات ومن أبرز
التشريعات التى تتجه الى ذلك القانون التجارى الالماني والتشريعات الأخرى
التي حذت حذوه .

المطلب الرابع

شخص المحترف

إذا احترف الشخص الطبيعي التجارة فإنه يصبح تاجراً إذا توافرت له
أهلية احتراف التجارة وفقاً لأحكام النظام .
وبديهى أن الاحتراف يتعلق بالشخص الطبيعي ولا يخلع على الشخص
الاعتيادي أو المعنوي لذلك كان من الأصح وصف الشركة بصفة التاجر إذا
كان موضوعها أو محلها القيام بأعمال تجارية بالشركة لها محل أو موضوع هو أعمالها
ولكنها تنأى على فكرة أو وصف الاحتراف .

المطلب الخامس

مشروعية الاحتراف

اتجهت بعض أحكام القضاء إلى أن صفة التاجر مركز قانوني لا يمكن أن
يكتسب عن طريق أعمال مخالفة للقانون فلا بد أن يمارس التاجر أعمالاً تجارية

(١) قرار مجلس الوزراء رقم ١٥٥ في ١٥/٣/١٣٨٥ هـ .

وفقا لاحكام النظام حتى يخلع عليه النظام وصف التاجر ، فاذا مارس أعمالا غير مشروعة واحترفها فلا ترقى به هذه الاعمال وذلك الاحتراف الى التمتع بالمركز القانونى للتاجر .

والواقع ان الاخذ بهذا الاتجاه يعرض المتعاملين حسنى النية للخطر ، فهم يقدمون الائتمان أو يوردون البضائع إلى مؤسسة جاهلين ان نشاطها غير مشروع ، فاذا قام شخص بتوريد اشياء الى أحد التجار وهو لا يعلم أنه يتجر فى المخدرات ، فإنه قد يحرم من الضمانات القانونية المرتبطة بصفة التاجر وأهمها شهارة افلاس المشتري ، إذا توقف عن الدفع .

لذلك فمن الراجح فى نظرنا القول انه يجب الحد من التطبيق المنطقى للقواعد القانونية التى يطبقها القضاء فى هذا الشأن على الأقل بالنسبة للاحكام التى تحقق مصلحة الغير حسن النية وذلك حماية لهم ولاستقرار المعاملات .

وتتجه ادارات ومصالح الضرائب فى كثير من دول العالم الى طلب حصة الدولة من الضرائب على الارباح التجارية ممن يثبت أنهم مارسوا تجارة غير مشروعة حتى لا يكونوا فى وضع أفضل ممن يتجرون فى سلع مشروعة

المبحث الثانى : الأهلية التجارية

لا تكفى ممارسة الأعمال التجارية حتى يكتسب الشخص صفة التاجر ، فقد سبق أن ذكرنا أنه ينبغى كذلك أن يتمتع الشخص بالأهلية التجارية حتى يكتسب صفة التاجر .

ويختلف انعدام ونقص الأهلية الذى يبنى على صفات طبيعية فى الانسان كالسن والحالة العقلية - عن حظر الاتجار على بعض الاشخاص تحقيقا لأهداف تتعلق بمصلحة عامة كحماية الجمهور أو الحرص على حسن سير المرافق العامة أو تحقيق أغراض اقتصادية أو اجتماعية أو غير ذلك .

وهناك حالات متعددة يحظر النظام فيها على بعض الاشخاص أو الفئات

ممارسة أو احترام التجارة كتحريم الاتجار على موظفى الدولة استجابة
لاعتبارات مختلفة أبرزها تحقيق استقلال الموظفين فى أداء أعمالهم وتفرغهم لها
وقيامهم بها على نحو يتفق وكرامتها . (أنظر المادة ١٣/١ من نظام الخدمة
المدنية) .

وقد يفرض المشرع عند مخالفة قواعد حظر الاتجار جزاء تأديبيا كفصل
الموظف ، وقد يكون الجزاء من نوع آخر وفق ما يحدده النظام وذلك دون أن
يكون لتوقيع هذا الجزاء أثر على إكتساب صفة التاجر لمن يحترف الأعمال
التجارية إذا خالف قواعد الحظر ولكنه استكمل شروط ممارسة الأعمال
التجارية وأهلية الاتجار .

والواقع أن التمييز بين انعدام الاهلية أو نقصها وحظر الاتجار واختلال الجزاء
الذى يوقع فى حالة مخالفة قواعد كل منهما يستند إلى أن قواعد الأهلية وضعت
لحماية ناقصى الأهلية أو معدوميها ، فوجب أن تستتبع مخالفتها البطلان ، أما
الحظر فهدفه تحقيق المصلحة العامة أو حماية الغير ، وليس من شأن هذه الغاية
اسقاط صفة التاجر لأنها ترتب نتيجة عكسية بحرمان الغير من ضمانات القانون
التجارى بينما يستفيد مخالف الحظر بتجنبه الجزاءات التجارية القاسية . وفى
الجزاء الادارى أو الجنائى مايكفى لحماية المصلحة العامة .

ولذلك فالأوفق بقاء صفة التاجر حماية للمصلحة العامة وللغير حسنى النية
مع تطبيق الجزاءات الأخرى الادارية والجنائية ، وينبغى ان ترقى هذه الجزاءات
الى الحد الذى يحمى المصلحة العامة من مخالفة قواعد حظر الاتجار .

المطلب الأول

أهلية الوطنيين

عرض المشرع السعودى لأهلية الوطنيين للاتجار فى المادة (٤) من نظام
المحكمة التجارية التى نصت على أن « كل من كان رشيدا أو بلغ سن الرشد

فله الحق أن يتعاطى مهنة التجارة بأنواعها » ومن هذا يبين أن النظام يجعل في شأن أهلية الاتجار الى القواعد العامة في الاهلية ومن الملاحظ ان نص المادة (٤) سالف الذكر يفرق بين الرشيد ومن بلغ سن الرشد وان كان يقرر أهلية كل منهما لاحتراف التجارة .

وبديهى أن المشرع يقصد بذلك أن البالغ الرشيد وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية أهل للاتجار . أما من بلغ سن الرشد أى ثمانية عشر عاما فيكون أهلا للاتجار في جميع الأحوال ولو كان لم يبلغ الحلم بعد فاذا بلغ الشخص هذه السن غير مصاب بعاهة في العقل فإنه يكون مستوفيا شرط الأهلية لاحتراف التجارة . ومع ذلك يجوز لولى القاصر طبقا لاحكام الشريعة الاسلامية ان يأذن للقاصر بالاتجار ويمكن ان يكون الاذن مطلقا يشمل كل صور التجارة و كل أموال القاصر ، كما يمكن أن يكون مقيدا بنوع معين من التجارة أو بقدر معين أونسبة من اموال القاصر .

وعلى أية حال يكون القاصر المأذون بالاتجار كامل الأهلية فيما أذن له فيه وفي التقاضى في شأنه ومن ثم تكون أعمال القاصر المأذون في مباشرة تجارته صحيحة ، ويكون له أن يجرى جميع التصرفات المتصلة بهذه التجارة من بيع وشراء واقتراض وصلاح وتحكيم ولكنه مع ذلك يبقى ناقص الأهلية في كل ماعدا ذلك من الأعمال التى لاتتصل بمباشرة التجارة التى أذن فيها وخارج نطاق هذا الاذن .

وبناء على ماتقدم يكتسب القاصر المأذون صفة التاجر فتطبق ويلتزم بالتزامات التجار ويجوز اشهار افلاسه ولكن مسئوليته عن الديون التجارية لاتتعدى دائرة الأموال التى حددها الاذن اذا كان مقيدا وذلك استثناء من مبدأ وحدة الذمة .

وبديهى أن هذا التحديد لمسئولية القاصر المأذون يضعف ائتمانه لدى الغير وهوائمان ضعيف اصلا ولو كان الاذن مطلقا لأن سحب الاذن جائز في أى وقت

فإذا تم ذلك افسرت عن القاصر المأذون أهليته وعاد قاصرا في تصرفاته كما كان قبل الاذن .

ولكن ما الذى يترتب على ممارسة القاصر للتجارة دون تمتعه بالأهلية التجارية ؟

لاشك أن القاصر الذى يمارس التجارة دون أن يتمتع بالأهلية التجارية ودون أن يحصل على إذن من وليه أو وصيه لا يكون تاجرا ولا يلتزم بالتزامات التجار ولا يتعرض للآثار القانونية التى يترتب على توقفه عن دفع ديونه كإشهار إفلاسه وتكون الاعمال التجارية التى مارسها باطلة لمصلحته ، وتطبق القواعد العامة فى آثار البطلان النسبى لنقص الأهلية وفقا لما سبق أن عرضنا له فى دراستنا لنظرية العقود .

وقد لا يكون من اليسير تطبيق القواعد السابقة فى بعض الأحوال ، ومن ذلك أنه إذا آلت الى القاصر بالميراث حصة شريك متضامن فى شركة تضامن أو شركة توصية ، وكان قد نص فى عقد الشركة على أنها لا تنحل بوفاة أحد الشركاء بل تستمر مع ورثته ولو كانوا قسرا وهو ما يجيزه نظام الشركات السعودى الصادر ١٣٨٥هـ ، (مادة ٣٥) فإذا يكون الحكم بشأن اكتساب القاصر الوارث للصفة التجارية ؟

الواقع أن رأى قد انقسم فى هذا الغرض الى اتجاهين اولهما أن القاصر الوارث يصبح شريكا متضامنا كما كان مورثه ويكتسب صفة التاجر ويجوز إشهار إفلاسه دون أن تلحقه الآثار الشخصية للإفلاس وهذا رأى هو ما استقر عليه القضاء التجارى فى مصر .

ويذهب رأى الثانى إلى عدم اكتساب القاصر الوارث للصفة التجارية بما يترتب على ذلك من آثار .

والواقع أنه قد يكون الحل الأمثل هو ما تضمنه القانون الالماني والقانون اللبناني من أن وارث الشريك المتضامن ينقلب شريكا موصيا إذا كان قاصرا

لأن هذا الحل أكثر رعاية لمصلحة القاصر إذ يحدد مسؤوليته عن الصحة التي ورثها بما يتفق ومستوى ما يتمتع به من أهلية .

المطلب الثاني

أهلية المرأة للتجار

لا تفرق الشريعة الاسلامية بين الرجل والمرأة بشأن قواعد الأهلية إذ تخضع المرأة لنفس الأحكام التي يخضع لها الرجل من حيث الأهلية للتجار ومن ثم يمكن للمرأة المتزوجة أن تحترف التجارة دون أن يتوقف ذلك على إذن من زوجها . وعلى خلاف ذلك فقد أخضعت بعض التشريعات الأجنبية المرأة لقواعد مختلفة ولم تجز لها الاتجار إلا بأذن من زوجها ولم تتحرر المرأة الفرنسية تماما من هذه القيود الا بصدر القانون رقم ١٧٥ لسنة ١٩٦٥ الذي أجاز لها مباشرة التجارة بغير إذن زوجها على حين مازالت بعض التشريعات كالقانون التجارى اللبناني يلزم المرأة بالحصول على إذن الزوج لممارسة التجارة (انظر م ١١ من القانون التجارى اللبناني) .

المطلب الثالث

أهلية الأجنبي للتجار

تحيط بممارسة الاجانب للتجارة قيود مختلفة في كثير من الدول ، فاذا ثبت للأجنبي وفقا لقوانين الدولة المضيفة حق ممارسة التجارة عندئذ يطرح التساؤل عن القانون أو النظام الذى يخضع له في أهليته . والأصل أنه متى كان للأجنبي حق الاتجار في المملكة فيرجع في تحديد أهليته إلى قانون جنسيته .

ولاشك في أن هذا يهدد استقرار المعاملات التي يبرمها الأجنبي مع الوطنيين إذ لا يتسنى لهم الرجوع الى قانون جنسية الاجنبى أو معرفة أحكامه قبل كل تعامل معه .

على أية حال فإن كثيرا من التشريعات تغلب على هذه الصعوبة بتقريرها صحة العقد الذى أبرمه الأجنبى إذا كان بطلانه يرجع إلى سبب فيه اخفاء متعمد منه ولايستطيع المتعاملون الوطنيون كشفه أوالتحقيق منه .

المبحث الثالث : مدى 'أحقية الأجانب في ممارسة التجارة في المملكة العربية السعودية'

تقيم بعض الدول قيودا معينة على حرية الأجانب في الاتجار . وفى ضوء ذلك يطرح التساؤل عن حق غير السعودى في ممارسة التجارة في المملكة .

الواقع أن نظام استثمار رأس المال الاجنبى الصادر عام ١٣٧٦هـ تناول هذا السؤال وأوجب حصول غير السعوديين على رخصة من وزير المالية أو من وزير التجارة لممارسة التجارة (مادة ٤) وبشرط أن تكون ممارسة التجارة في شكل شركة مستقلة يكون فيها أحد الشركاء على الأقل سعوديا ويملك ٥١% على الأقل من مجموع رأس مال الشركة وعلى الا تقل حصة كل شريك سعودى عن مائة ألف ريال (مادة ٦) كما يجوز للشركات الاجنبية ان تفتح لها فروعاً في المملكة بشرط موافقة مجلس الوزراء (مادة ١٣) ولما ألغى هذا النظام وحل محله نظام استثمار رأس المال الاجنبى لعام ١٣٨٣هـ ظل المبدأ هو وجوب الترخيص من وزير التجارة والصناعة وكذلك عن استثمار رأس المال الاجنبى في مشروعات التنمية الاقتصادية وذلك حتى ينتفع رأس المال الاجنبى بالمزايا الواردة في هذا النظام وتوصفى المنشآت التى لا تستوفى الشروط القانونية الا اذا حصلت المنشأة على رخصة استثنائية دائمة من مجلس الوزراء متى كانت هناك مصلحة جوهريّة في استثنائها (مادة ١١) . وبالنسبة للشركات الاجنبية لاستطيع هذه الشركات ان تنشئ لها في المملكة فروعاً أو وكالات أو مكاتب الا

بترخيص من وزير التجارة (مادة ٢٢٨ من نظام الشركات) . غير أنه يجوز لغير السعوديين أن يدخلوا شركاء في الشركات السعودية على اختلاف انواعها ، وذلك مع مراعاة أنه يجب في بعض الأنظمة التجارية أن يكون جميع الشركاء سعوديين كما هو الحال بشأن الوكالات التجارية (نظام الوكالات التجارية لعام ١٣٨٢هـ مادة « ١ ») .

وقد ظل نظام ١٣٨٣هـ معمولاً به حتى صدر نظام استثمار رأس المال الاجنبي الجديد في سنة ١٣٩٩هـ ، على أن يعمل به اعتباراً من ٢٩ ربيع الأول ١٣٩٩هـ .

ويعرف النظام الجديد رأس المال الاجنبي بأنه النقود والاوراق المالية والأوراق التجارية والآلات والمعدات وقطع الغيار والمواد الأولية والمنتجات ووسائل النقل والحقوق المعنوية كحق الاختراع والعلامات الفارقة ومماثل ذلك من القيم متى كانت مملوكة لشخص طبيعي لا يتمتع بجنسية المملكة العربية السعودية أو لشخص معنوي لا يتمتع جميع مالكي حصص رأس ماله بجنسية المملكة . ولا تسرى أحكام هذا النظام على المشروعات التي صرح لها بمزاولة نشاطها في المملكة بموجب أنظمة واتفاقيات خاصة . كما يحكم الاستثمارات الاجنبية في قطاع البترول والمعادن نظام آخر تطبقه وزارة البترول والثروة المعدنية ، وقد أوجب النظام ان يخضع استثمار رأس المال الاجنبي لشروط الحصول على ترخيص يصدر به قرار من وزير الصناعة والكهرباء بناء على توصية لجنة الاستثمار وذلك إذا استوفى الشرطين الآتين :

(ا) أن يستثمر رأس المال الأجنبي في مشروعات التنمية والتي لا تشمل مشروعات استخراج البترول والمعادن على نحو ما سبقت الإشارة اليه .
(ب) أن يكون مصحوباً بخبرات فنية أجنبية .

وقد نص النظام على ان تحديد مشروعات التنمية يتم بقرار يصدر من وزير الصناعة والكهرباء بناء على اقتراح لجنة الاستثمار على ان يكون ذلك كله في إطار خطة التنمية للدولة .

أما عن لجنة استثمار المال الاجنبى فقد نص النظام على انشائها فى وزارة الصناعة والكهرباء وتشكيلها من وكيل وزارة الصناعة والكهرباء أو من يقوم مقامه عند غيابة رئيسا ، ومن مندوب عن وزارة التخطيط ، ومندوب عن وزارة المالية والاقتصاد الوطنى ، ومندوب عن وزارة الزراعة والمياه ، ومندوب عن وزارة البترول والثروة المعدنية ، ومندوب عن وزارة التجارة .

وقد نص النظام على ان مداوات هذه اللجنة سرية ، وان قراراتها تصدر بأغلبية الحاضرين ، ولا تكون هذه القرارات نهائية الا بتصديق وزير الصناعة والكهرباء .

وقد تضمن النظام الجديد حكما ينص على أن ينتفع رأس المال الاجنبى الذى استوفى الشروط المنصوص عليها فى النظام بالمزايا الآتية .

(١) جميع المزايا التى يتمتع بها رأس المال الوطنى بموجب نظام حماية وتشجيع الصناعات الوطنية بالنسبة للمشروعات الصناعية فقط .

(ب) اعفاء المشروع الصناعى أو الزراعى الذى يستثمر فيه رأس المال الاجنبى من ضرائب الدخل والشركات لمدة عشر سنوات ، واعفاء المشروعات الأخرى من هذه الضرائب مدة خمس سنوات .

كما نص النظام على أن تستفيد من هذه الاعفاءات المشروعات التى تتمتع بالاعفاء وقت العمل بهذا النظام . وقد اشترط النظام لسريان الاعفاء ان يملك رأس المال الوطنى نسبة لا تقل عن خمسة وعشرين فى المائة (٢٥ ٪) من رأس مال المشروع ، وان تبقى هذه النسبة طوال مدة الاعفاء .

كما نص النظام على أن تبدأ مدة الاعفاء من تاريخ بدء الانتاج . و اجاز النظام لمجلس الوزراء ان يعدل هذه الفقرة الأخيرة .

(ج) من المزايا التى نص النظام على ان ينتفع بها رأس المال الاجنبى كذلك تملك العقار اللازم وفقا لنظام تملك غير السعوديين للعقارات .

وقد نص النظام على أن احكامه تسرى على ممارسة المشروعات القائمة قبل نفاذه لنشاطها وعلى أى زيادة فى رأس مالها . وقد أوجب النظام على

المشروعات المنتفعة من احكامه ان تخضع لانظمة العمل والتأمينات الاجتماعية وغيرها من الأنظمة المعمول بها في المملكة .

واجاز النظام لوزير الصناعة والكهرباء سحب الرخصة الممنوحة لأي مشروع أو تصفيته نهائيا بناء على توصية لجنة الاستثمار اذا كان المشروع قد رخص له بمقتضى احكام هذا النظام وخالف احكامه ولم يستجب للانذار الصادر له باتباع هذه الاحكام في خلال مدة معينة .

ويجوز للوزير بناء على توصية اللجنة سائلة الذكر عوضا عن سحب الرخصة ان يقرر حرمان المنشأة من كل او بعض المزايا المنصوص عليها في النظام . واجاز النظام لذوى الشأن التظلم الى ديوان المظالم من قرار الوزير الصادر بالعقوبة خلال ثلاثين يوما من تاريخ تبليغه بالطرق الرسمية ويكون حكم الديوان في التظلم باتا ونهائيا .

ونص النظام على ان يصدر وزير الصناعة والكهرباء اللوائح التنفيذية لهذا النظام وعلى ان تنشر هذه اللوائح في الجريدة الرسمية . وسوف تكتمل بصدور اللوائح التنفيذية صورة واضحة عن القواعد والاحكام الخاصة بتطبيق احكام هذا النظام .

هذا ومن الملاحظ ان بعض الدول تقف بالنسبة لممارسة الاجنبى للتجارة موقفا أقل شدة وتجزئ للاجانب التجارة بشرط معاملة مواطنيها بالمثل وفقا لقانون جنسية الاجنبى فاذا كان القانون الاخير يبيح لمواطنى الدولة التجارة فى اقليمها سمحت هى لمن يتمتع بجنسية تلك الدولة بممارسة التجارة على ارضها .

المبحث الرابع : إثبات صفة التاجر

الأصل ان صفة التاجر لا تفترض ولكن يجب ان يقوم الدليل على ثبوت الاحتراف واكتمال الشروط اللازمة لاكتساب صفة التاجر ولا تثبت للشخص صفة التاجر إلا اذا اشتغل بالمعاملات التجارية واتخذها حرفة معتادة له (وفقا

لأحكام النظام) ولذلك يجب على من يدعى لنفسه أولغيره صفة التاجر ان يثبت
احتراف العمل التجارى ، لافرق في ذلك بين أن يكون المدعى هو التاجر نفسه
أوشخص من الغير .

وإثبات صفة التاجر يستوجب من المحكمة تحقيق أربعة أمور :
أولها : يتعلق بالأعمال التى ينسب الى الشخص القيام بها ويفصل فى شأنها
قاضى الموضوع .

ثانيها : يتعلق بالبحث فى طبيعة العمل الذى ثبت للمحكمة قيام الشخص
به وهل يعتبر هذا العمل مدنيا أو تجاريا . وخلع الصفة التجارية على العمل
مسألة قانونية لاتخضع لتقدير المحكمة .

ثالثها : يتعلق بالبحث فى قيام الاحتراف لانه شرط يتطلبه القانون لاعتبار
الشخص تاجرا ، والاحتراف كذلك مسألة قانونية لاتقدير فيها للقاضى .

رابعها : يتعلق باستخلاص تمتع الشخص أو عدم تمتعه بوصف التاجر على
أساس ما استظهرت المحكمة من وجود الاحتراف بالتجارة أو عدم وجوده فى
ظروف الدعوى المعروضة عليها ، وهى مسألة قانونية يترتب عليها بحسب
الاحوال اكتساب الشخص صفة التاجر أو عدم ثبوت هذا الوصف له ، فاذا
ثبت امام المحكمة ان الشخص يقوم بالعمل التجارى على وجه الاحتراف وجب
عليها الاعتراف له بصفة التاجردون ان يكون لها فى ذلك أى سلطة للتقدير ،
إذا يكون الشخص قد اكتسب وفقا للنظام المركز القانونى الخاص بالتاجر .

ويثبت احتراف التجارة بكافة طرق الإثبات وتستعين المحكمة فى اثبات
احتراف التجارة بالقرائن . فاذا قيد الشخص نفسه فى السجل التجارى
فلايفيد ذلك فى ذاته اكتساب صفة التاجر إذ يتصور وقوع القيد خطأ أو بناء
على رغبة الشخص فى الصاق صفة بنفسه ليست له . لكن تستطيع المحكمة ان
تأخذ من القيد فى السجل التجارى قرينة على أن الشخص تاجر ، ويكون
لمدعى هذه الصفة تعزيز هذه القرينة بكل الطرق كما يكون للشخص فى كل
الاحوال ان يثبت العكس .

وقد ذهب بعض الاحكام القديمة الى ان الشخص الذى يصف نفسه بأنه تاجر فى التصرفات التى يجريها وفى اوراق المرافعات لا يستطيع ان ينازع فى هذه الصفة . ولكن الصحيح هو ان اتصاف الشخص بأنه تاجر فى التصرفات أو فى اوراق المرافعات أو استعمال خطابات تحمل اسمه مطبوعاً وموصوفاً بوصف التاجر لا يكفى لاثبات هذه الصفة بل يقتصر أثر ذلك على انشاء قرينة واقعية للغير ان يتمسك بها ولكنها قرينة تقبل اثبات العكس بكافة الطرق .

ويظل الشخص متمتعاً بصفة التاجر مادام يقوم بالعمل التجارى ويتخذ حرفة له . فاذا اعتزل الشخص التجارة فإنه يفقد وصف التاجر ، ومع ذلك يظل يحتفظ بهذا الوصف حتى يفرغ من تصفية أعماله التجارية ، وهو ما يترتب عليه جواز شهر افلاسه فى فترة التصفية .

وإذا كان الانقطاع عن مزاولة التجارة بسبب الوفاة فان صفة التاجر لاتورث ولكنها تثبت لمن يستمر منهم فى تجارة المورث وفقاً لمدى توافر شروط ممارسة التجارة فيه .

الفصل الثانى

تنظيم سير الحرفة التجارية

يترتب على اكتساب الشخص صفة التاجر اضطلاعاً بالتزامات مهنته منظمة لحرفته التجارية هى الالتزام بامساك دفاتر تجارية والالتزام بالقيود فى السجل التجارى ، وقد تقررت هذه الالتزامات لحماية مصالح التاجر ومصالح الغير الذين يتعاملون معه .

وقد نظم القانون ببعض هذه الالتزامات سير الحرفة التجارية تنظيمياً داخلياً يتمثل فى امساك الدفاتر التجارية لضمان سير المشروع التجارى على أسس

سليمة ، كما نظم القانون ببعض هذه الالتزامات سير التجارة تنظيمًا خارجيًا بتحقيق قدر لازم من الإشهار لأبراز المعلومات التي يهتم الغير المتعامل مع التاجر أن يقف عليها بدقة حتى يكون على بينة من أمره عند المتعاملين معه .
ولاشك أن النظام يستهدف بهذا التنظيم لحرقة التجارة خلق الجو الملائم لنجاح التجارة وإزدهارها فضلاً عما يستهدفه من تحقيق مصالح التجار ومصالح المتعاملين معهم .

المبحث الأول : الالتزام بإمسك الدفاتر التجارية

يترتب على التزام التاجر بالإمسك بدفاتر تجارية نتائج هامة بالنسبة للتاجر وللغير .

فالدفاتر التجارية مرآة صادقة لحالة التاجر يستطيع بفضلها أن يسير في مشروعه التجارى بخطى ثابتة بصيرة يقل معها دور الارتجال ، ولها إلى جانب ذلك فوائد هامة إذ تسهم الدفاتر التجارية في حل مشكلة الاثبات فيما بين التجار لأن التاجر يسجل في دفاتره التجارية جميع البيانات المتعلقة بتجارته من بيع وشراء وكل ماله من حقوق وما عليه من التزامات .

وإذا توقف التاجر عن الدفع ، فلا تشفع له إلا دفاتره المنتظمة التي توحى بالثقة إذا كانت تنطق بأنه أفلس لا عن تدليس ولا عن تقصير بل نتيجة لسوء الحظ ووقوع ما لم يكن في الحسبان وعندئذ ينجو من عقوبات الافلاس ويتمتع بمزايا الصلح الواقى من الافلاس إذا ثبت أن التاجر قد التزم جادة الصواب وسلك السبيل القويم ولم يسرف في مصاريفه ونفقاته الشخصية .

وللدفاتر التجارية فائدة كبرى من الناحية الضريبية ، لأن التجار يحققون ربحاً يفرض عليهم بسببه ضرائب ، فالدفاتر المنتظمة التي توحى بالثقة تعند بها إدارات الضرائب في تقدير الضريبة وإلا فإنها تلجأ إلى التقدير الجزافى إذا فقدت الثقة في دفاتر التاجر لعدم انتظامها .

لكل اولئك تطور إمساك الدفاتر التجارية من عمل بسيط يقوم به التاجر وفق اجتهاده إلى علم دقيق هو علم المحاسبة يتطلب دراسات أكاديمية طويلة فضلاً عن الخبرة العملية وأصبحت المحاسبة الدقيقة المنتظمة من أول دعائم المشروع التجارى الحديث الذى يحرص أصحابه على نجاحه وتقدمه .

ويخصص نظام المحكمة التجارية للدفاتر التجارية المواد من (٦) إلى (١٠) .
وسنعرض أولاً للالتزام بامساك الدفاتر ثم نعرض لدور الدفاتر التجارية فى الاتبات ضد التاجر أو لمصلحته .

المطلب الأول

أنواع الدفاتر التجارية

يفرض النظام على التاجر سواء أكان فرداً أو شركة أسست وفقاً لأحكام النظام - الامساك بالدفاتر التجارية .

كذلك فالراجع أن يلتزم الشريك المتضامن بالامساك بالدفاتر التى توضح ما يحصل عليه من أرباح من الشركة وما ينفقه على مصروفاته الشخصية وذلك لأهمية هذه البيانات عند افلاس الشريك أو افلاس الشركة ، ذلك لأن الشريك المتضامن يلتزم بسداد ديون الشركة عند عجزها عن السداد .

ولا يفرق النظام فى شأن هذا الالتزام بين التاجر الكبير والتاجر الصغير ، ولكن العرف قد جرى على التسامح بالنسبة لصغار التجار والباعة المتجولين ، وقد جرى العمل على أن يرفع الالتزام بامساك الدفاتر عن كاهل صغار التجار الذين لا يتجاوز رأس مالهم خمسة آلاف ريال وذلك أسوة باعفائهم من القيد فى السجل التجارى ، وذلك لأنه ليس من المعقول أو من المقبول أن يلتزم تاجر لا يتجاوز رأس ماله هذا المبلغ بالامساك بدفاتر تجارية أو تخصيص موظف لاثبات البيانات القانونية فيها .

ولكن ما هى الدفاتر التى يلتزم التاجر بالامساك بها ؟
يوجب النظام على التاجر أن يمسك أربعة دفاتر هى دفتر اليومية ودفتر الجرد ودفتر الكوبية ودفتر التوثيق .

وقد أصبحت هذه الدفاتر غير متفقة مع تطور فن إدارة المشروعات التجارية فضلاً عن أنها غير كافية حالياً للمشروع الكبير وهى كذلك أكثر من طاقة المشروع الصغير .

والواقع أن القانون المصرى قد جعل الالتزام بامساك الدفاتر مرناً يتكيف حسب طاقة كل مشروع وطبيعته مع وضع حد أدنى للدفاتر الالزامية هو دفتر اليومية والمجرد ويمكن لأى مشروع حسب حاجته أن يمسك زيادة عن هذه الدفاتر ما يواجه حاجته ويحقق مصلحته .

وفى ايل بيان الدفاتر الالزامية وفقاً لأحكام نظام المحكمة التجارية :

①- دفتر اليومية :

يعتبر دفتر اليومية هو السجل اليومى لحياة المشروع التجارى وينص النظام (مادة ٦) على أنه يشتمل على بيان جميع ماله وعليه من الديون يوماً فيوماً وبيان أعمال تجارته مما باعه واشتره وقبله وحوله واستدان وأدانه وقبضه ودفعه من نقود وأمتعة وأوراق مالية وتجارية وبيان المبالغ المنصرفة على منزله ومحله شهراً فشهراً بالاجمال . وتظهر المحكمة من اثبات المصروفات الشخصية للتاجر فى حالة الافلاس إذ يعتبر التاجر متفالساً بالتقصير إذا ثبت أنه ينفق على حياته الشخصية مبلغاً لا تسمح به حالة تجارته ومركزه المالى وهنا توقع عليه المحكمة العقوبة الجنائية المقررة .

ويستخدم التجار عادة دفاتر يومية مساعدة لاثبات تفاصيل الأنواع المختلفة لعملياته المالية وتخصيص دفتر لكل نوع من هذه العمليات ثم يقوم التاجر بعد ذلك بقيد العمليات اجمالاً فى دفتر اليومية الأصلى .

وبدئى أن هذه الدفاتر اليومية المساعدة اختيارية وليست الزامية .

②- دفتر الجرد :

يعد دفتر الجرد وفقاً لأحكام النظام الدفتر الذى يثبت فيه التاجر فى نهاية كل سنة أمواله التجارية منقولة كانت أو غير منقولة ويحصر فيه كل ماله وعليه من الديون وعلى هذا يتضمن هذا الدفتر بياناً للبضائع فى مخازن التاجر ومحله

وبياناً للحقوق والديون التي للتاجر وعليه إذ يلزم النظام التاجر في نهاية سنته المالية التي يحددها كما يشاء بحصر البضائع الموجودة لديه واثبات تفاصيلها في دفتر الجرد سواء كانت هذه البضائع معروضة في محله أو لديه في مخازنه .
كذلك يلزم النظام التاجر ببيان الحقوق والديون التي له أو عليه في دفتر الجرد ولكن النظام في المملكة العربية السعودية لا يلزم التاجر بعمل ميزانية إلا في حالة طلب شهر افلاسه (مادة ١٠٩ من النظام) .

والواقع أننا ندعو إلى الزام التجار بعمل ميزانية سنوية تظهر في دفتر الجرد يبين فيها مركز الايجابي والسلبي متخذة شكل جدول مكون من جانبين هما :
الأصول والخصوم وذلك على نحو ماتتجه إليه التشريعات الحديثة حالياً إذ في هذا مصلحة للتاجر ويساعده على ضبط حساباته .
(٣) - دفتر الكوبية :

دفتر الكوبية أو دفتر صور المراسلات عبارة عن دفتر يضم أصول الرسائل الواردة إلى التاجر والمتعلقة بتجارته وصور الرسائل الصادرة منه إلى الغير والخاصة بتلك التجارة ، كما يجب أن يضم هذا الدفتر أيضاً الفواتير أو صورها .
وقد أصبح هذا الدفتر غير متفق مع التطور الحديث في إدارة الأعمال ولذلك الغته التشريعات الحديثة في مختلف البلاد واستعاضت عنه بالقاء التزام عام على التاجر بحفظ كافة المستندات المتعلقة بالتجارة أو صورها وذلك بطريقة منتظمة تسهل معها مراجعة القيد الحسابية وتكفل عند اللزم التحقيق من الأرباح والخسائر . ولكن يستطيع التاجر أن يوزع هذه المستندات على حسابات عملاته الشخصية مرتبة حسب اسمائهم أو موزعة على أقسام المشروع .
(٤) - دفتر التوثق :

أما دفتر التوثق فهو خاص بالبيوع والمعاملات التي تتضمن تأجيلاً للوفاء ولذلك تقيد في هذا الدفتر البيوع والمعاملات بالآجل ويوقع عليه المشتري أو المدين ولذلك يكون حجة عليه فهو دفتر الحقوق الآجلة أو ما يسمى أحياناً بدفتر الذمات وهو ذو أهمية بالغة في اثبات حقوق التاجر قبل الغير .

وبالإضافة إلى هذه الدفاتر الإلزامية فقد جرى التجار كل حسب حاجات تجارته وطاقته مشروعه على أمساك دفاتر اختيارية أخرى وأهم هذه الدفاتر هي :

١ - دفتر التسوية : وتفيد فيه العمليات اليومية بسرعة وبدون تنظيم بمجرد وقوعها وعادة يختص كل دفتر تسوية بنوع من العمليات على أن تنقل محتوياته في نهاية اليوم إلى دفتر اليومية . وهذا الدفتر لا يغنى عن دفتر اليومية من الناحية القانونية .

٢ - دفتر الخزنة : أو دفتر الصندوق وهو يسجل حركات النقود من وإلى الصندوق .

٣ - دفتر المخزن : وهو يسجل حركة البضائع من المخزن واليه أى حركة البيع والشراء في مظهرها المتعلق بالبضائع وحركتها .

٤ - دفتر الأوراق التجارية : أو دفتر أوراق القبض والدفع هو يسجل حركة التعامل بالأوراق التجارية المسحوبة من التاجر أو عليه .

٥ - دفتر الأستاذ : وهو أهم الدفاتر التجارية الاختيارية التي جرى التجار على أمساكها إذ هو الدفتر الرئيسى الذى تصب فيه كل الدفاتر الفرعية السابقة وتظهر فيه النتائج النهائية لتحركات عناصر المشروع التجارى كما تبينها هذه الدفاتر ، ويمسك طبقاً لقواعد المحاسبة التجارية ويستخرج التاجر من واقع ميزانيته السنوية ، ويكفى مجرد الاطلاع عليه حتى يحيط الشخص بوضع التاجر ومركز تجارته ومدى رواجها .

ويشترط النظام انتظام الدفاتر التجارية ، وفي سبيل تحقيق هذه الغاية يضع النظام طائفة من القواعد تهدف جميعاً إلى ضمان صحة البيانات الثابتة في الدفاتر الإلزامية عن طريق منع التلاعب المادى في هذه البيانات أو التغيير فيها .

وتنص المادة (٧) من النظام على 'أن دفاتر اليومية والمجرد والتوثق (دون دفتر الكوبية) يجب أن تكون محررة بصورة منتظمة دون أن يتخلل بياناتها فراغ أو بياض وأن تكون خالية من العللوات والتحشية والمسح والحك وأن تكون

صحائفها مرموقة بعدد متسلسل من الابتداء إلى الانتهاء كما توجب المادة (٨) أن تكون هذه الدفاتر قبل استعمالها مسجلة في قلم المحكمة التجارية حسب الأصول .

ويستهدف المشرع من ذلك إلى منع تغيير بيانات الدفاتر بالشطب أو التحشية أو الكتابة في الحواشي أو الاضافة إليها عن طريق البياض المتروك . وإذا حدث خطأ عند اثبات بيان بالدفتر ، فيجب تصحيحه بقيد عكسي أى بكتابة أخرى مقابلة عند اكتشاف الخطأ .

ولا يفرض المشرع السعودي أى جزاء مباشر على عدم امساك الدفاتر التجارية الالزامية أو عدم انتظامها إلا في حالة الافلاس وحدها ، فاذا أفلس التاجر ، فان اخلاله بالتزامه بامساك الدفاتر التجارية يعرضه لعقوبة التفالس بالتدليس أو بالتقصير إذ أن وجود دفاتر منتظمة لدى التاجر شرط لازم حتى يمكن اعتباره مفلساً إفلاساً حقيقياً (مادة ١٠٥) أى ليعتبر التاجر المفلس بريئاً من التقصير والتدليس . ولكن وجود دفاتر منتظمة لا يمنع من اعتبار التاجر مفلساً بالتقصير إذا كان مبدراً في مصروفاته الشخصية أو كتم عجزه عن دائنيه (مادة ١٠٦) .

أما الافلاس بالتدليس (أو الاحتيال) فهو غير متصور إذا كانت هناك دفاتر منتظمة بل يجب لاعتبار التاجر مفلساً احتيالياً أن لا تكون له دفاتر أو أن تكون دفاتره غير منتظمة فضلاً عن توافر الشروط الأخرى الواردة في المادة (١٠٧) من النظام .

هذا ومن الجدير بالذكر أن المشرع السعودي يعاقب التاجر وفقاً لأحكام المادة (١٤٠) من النظام إذا ارتكب جريمة تزوير في دفاتره التجارية الالزامية .

المطلب الثاني

حجية الدفاتر التجارية في الاثبات

لما كان النظام قد الزم باثبات البيانات التجارية الخاصة بتجارة التاجر في

دفاتره الالتزامية على نحو ما قدمنا ولما كانت التجارة تقوم على السرعة فإنه من الطبيعي أن يسبغ القانون على دفاتر التاجر أهمية خاصة وحجية في الاثبات خاصة إذا كان خصمه تاجراً إذا يمكن الوصول إلى الحقيقة من مقارنة دفتريهما بصدد البيان أو العملية التي ثار النزاع في شأنها .

ولما كان الأصل في العمليات التجارية جواز الاثبات بكافة طرق الاثبات لذلك لم يتضمن النظام أحكاماً تنظم دور الدفاتر التجارية في الاثبات بل اكتفى المشرع السعودي في المادة (١٤٩) من النظام إلى النص على مراجعة الدفاتر في الدعاوى الغامضة كما نص على أن يكون فحص الدفاتر بواسطة لجنة يختارها الطرفان أو المحكمة برئاسة أحد أعضائها .

ونظراً لعدم وضع المشرع قواعد تفصيلية في هذا الخصوص لذلك كان من الطبيعي أن تطبق القواعد العامة في الاثبات على نحو ما تفصله فيما يلي :

أولاً : الاثبات ضد التاجر :

على خلاف القواعد العامة التي تقضى بعدم جواز الزام الشخص بتقديم دليل ضد نفسه يمكن يتخذ من دفاتر التاجر قرينة أو دليلاً ضده وبصرف النظر عن انتظام أو عدم انتظام تلك الدفاتر يمكن أن يستخلص منها دليلاً ضد التاجر إذ لا يجوز للتاجر أن يفيد من عدم انتظام دفاتره .

ويعتبر قيد التاجر باختياره لبيان في دفتره بمثابة اقرار كتابي منه بصحة هذا البيان^(١) . وليس هذا الحكم إلا تطبيقاً للقواعد العامة . فمن يدعى مديونية التاجر له أن يستند إلى دفاتر هذا التاجر على ألا يجزىء هذا الاقرار بأن يأخذ

(١) جاء في تنقيح الحامدية جزء ٢ ص ٣١ وعليه فيما يوجد في دفاتر التجار في زماننا ، اذا مات احدهم وقد حرر بخطه ما عليه في دفتره الذي يقرب من اليقين انه لا يكتب فيه على سبيل التجربة والهزل يعمل به ، والعرف جار بينهم بذلك ، فلو لم يعمل به لزم ضياع اموال الناس اذا غالب بيعاتهم بلا شهود .. اما فيما له على الناس فلا ينبغى القول به ، فلو ادعى بمال على آخر مستنداً لدفتر نفسه لا يقبل لقوة التهمة (انظر الفتوى الشرعية الصادرة في ٣ سبتمبر ١٩١٨ م المنشورة بالمحكمة ٤ - ٢٩٨ - ٣٧١ .

منه ما يؤيد دعواه تاركاً ما يناقضها منه . إذ تقضى القواعد العامة بعدم تجزئة الاقرار ومن حق التاجر في جميع الأحوال - أن ينقض الدلالة المستمدة ضده من دفتره بأن يثبت أن قيد العملية في الدفتر قد تم خطأ أو حدث قبل اتمام العملية نهائياً أو غير ذلك مما يترتب عليه اسقاط حجية الدلالة المستمدة من دفاتره .

ويجوز لخصم التاجر المدعى عليه أن يطلب من المحكمة الأمر بتقديم الدفاتر أو الاطلاع عليها ، ولكن للقاضي الحرية الكاملة في اجابة هذا الطلب أو رفضه طبقاً لما يليه عليه ضميره واقتناعه ولما يستبينه من ظروف الدعوى وملاساتها .

ولا يقتصر طلب الاثبات بالدفاتر على خصم التاجر في الدعاوى التي تقدم ضده ، بل يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أن يأمر التاجر بعرض دفاتره لفحصها واستجلاء الحقيقة منها .

وإذا رفض التاجر عرض دفاتره ، فللقاضي - طبقاً لظروف الحال وقوة القرائن الأخرى في تكوين اقتناعه - ان يستخلص من هذا الرفض دليلاً على صحة ما يدعيه خصم التاجر ولكن يجوز أن يقتنع القاضي بعدم اتخاذ هذا الرفض دليلاً ضد التاجر وفقاً لما يستبينه من ظروف الدعوى .

ثانياً : الاثبات بالدفاتر لمصلحة التاجر :

على خلاف القواعد العامة التي تقضى أيضاً بعدم جواز اصطناع الشخص دليلاً لنفسه فإنه يجوز أيضاً أن يقدم التاجر دفاتره لاثبات دعواه .

فاذا كان التاجر يدعى بحق له على الغير ، فإنه يسارع إلى تقديم دفاتره إلى القضاء تأييداً لدعواه سواء أكانت الدفاتر الزامية أو اختيارية ، منتظمة أم غير منتظمة .

وقد يلجأ التاجر إلى دفتره في الاثبات ضد شخص آخر ليس بتاجر . فاذا رأى القاضي الاعتماد بالدفتر ، فلا يكون ذلك إلا كعنصر من عناصر الاثبات يستكمله بتوجيه اليمين إلى أى من الطرفين ، التاجر أو خصمه أى أن دفاتر

التاجر لا تكون حجة كاملة له ضد خصمه غير التاجر .
ويجوز للتاجر أن يعتمد على دفاتره لاثبات دعواه ضد تاجر آخر ، ولم ينص
المشرع السعودي على قواعد تفصيلية في هذا الخصوص بل ترك تطبيق ذلك
للقواعد العامة .

أما بالنسبة للقانون التجارى المصرى فقد نصت المادة (١٧) على أنه
« يجوز للقضاة قبول الدفاتر التجارية لأجل الاثبات في دعاوى التجار المتعلقة
بمواد تجارية إذا كانت تلك الدفاتر مستوفية للشروط المقررة قانوناً . ويتضح من
هذا النص أن القاضى يستطيع أن يعتبر بيانات الدفتر دليلاً كاملاً لمصلحة
التاجر صاحب الدفتر إذا توافرت شروط ثلاثة ، أولها أن تكون الدعوى متعلقة
بمواد تجارية وثانيها أن يكون الطرف الآخر تاجراً ، ويبدو أن أساس هذا الشرط
هو تسهيل الاثبات بمقارنة دفترى الخصمين فيما يتعلق بموضوع النزاع ، وثالث
هذه الشروط أن تكون الدفاتر التى يستند إليها التاجر منتظمة .
ولكن توافر هذه الشروط جميعاً لا يعنى مطلقاً أن بيانات الدفتر تعتبر دليلاً
كاملاً لمصلحة صاحبه لأن الأخذ بهذه البيانات جوازى للقاضى . ثم إن توافر
هذه الشروط لا ينفى أن يكون للطرف الآخر أن يسقط دلالة دفاتر التاجر بأن
يثبت عدم صحتها ، وله فى ذلك أن يلجأ إلى كافة طرق الاثبات .

من كل أولئك يبين أن الاثبات بالدفاتر المنتظمة لا يعدو أن يكون اثباتاً غير
قاطع فهو اثبات بالقرائن ، التى يقدر القاضى قيمتها فى كل حالة على حدة
طبقاً لظروف الدعوى وملاساتها ولكن لا تفقد الدفاتر غير المنتظمة كل قيمة فى
الاثبات إذ يجوز للقاضى أن يستخلص منها بعض القرائن .
وكذلك يمكن للقاضى أن يستخلص من الدفاتر الاختيارية بعض القرائن
التي تساعد على تكوين عقيدته بشأن الدعوى الماثلة .

المبحث الثانى : التنظيم الخارجى

تقوم التجارة على الاثنان على نحو ما سبق أن ذكرنا .

ولما كان الاشهار من الأسس الأولى للائتمان التجارى ، فإن أغلب التشريعات فى العالم تأخذ بنظام السجل التجارى .

ويؤدى السجل التجارى دوره الأساسى كأداة للاستعلام إذ يستطيع كل ذى مصلحة أن يعرف من السجل التجارى البيانات التى تهمة عن التاجر كأهليته ونوع تجارته ونشاطه التجارى وعنوان محله التجارى وفروعه وحجم تجارته ومثليه ووكلائه الذين لهم حق التصرف بأسمه .

ولنظام السجل التجارى جذور تاريخية عندما كان نظام الطوائف يقتضى تقييد أسماء التجار فى سجل خاص .

وقد الفت الثورة الفرنسية نظام الطوائف ومع ذلك استمر العمل بنظام السجل التجارى فى كثير من دول العالم .

وقد أصبح السجل التجارى نظاماً قانونياً لاغنى عنه ، ولكن تختلف التشريعات اختلافاً بينا من حيث الأغراض والوظائف التى تنوطها به : من التشريعات ما ينظر إلى السجل التجارى أساساً كأداة احصائية تسهل الوصول إلى احصاءات دقيقة عن حالة التجارة من حيث المال المستغل فيها وعدد التجار وجنسياتهم وأنواع التجارة المختلفة إلى غير ذلك . ومهاماً ينظر إلى السجل كنظام قانونى موضوعى يؤدى وظيفة الاشهار فى المواد التجارية وترتبط به آثار قانونية باللغة الخطورة . والنظرة الأولى هى نظرة القانون الفرنسى الصادر عام ١٩١٨ م والقانون المصرى وكذلك التشريع السعودى ، وهى تستتبع اعتبار السجل نظاماً إدارياً يعهد به الى الادارة ولا ترتب عليه - بالنسبة لعلاقات الأشخاص فيما بينهم - إلا آثار ضئيلة محدودة . والنظرة الثانية هى نظرة القانون الألمانى والقانون السويسرى ومانحا نحوهما من التشريعات ^(١) ، وهى تستتبع أن يكون السجل نظاماً قضائياً يشرف عليه قاض خاص وتثبت لما يجيء فيه

(١) أدخل المشرع الالمانى نظام السجل التجارى سنة ١٨٦١ م ثم نظمه بقانون جديد سنة ١٨٩٨ م ، اما فى سويسرا فقد ادخل المشرع السويسرى نظام السجل التجارى ١٨٨١ م ثم عدل بمقتضى قانون الالتزامات السويسرى الصادر سنة ١٩٣٦ م

حجية مطلقة تؤثر أبعد التأثير في الروابط القانونية بين الأشخاص من الناحية الموضوعية على نحو يجعله نظاماً للشهر القانوني في المسائل التجارية قريب الشبه بنظام الشهر العقاري^(١) .

وقد أصدر المشرع السعودي نظام السجل التجاري ولائحته التنفيذية بالأمر الملكي الصادر في ١٣٧٥/١١/٩ هـ ، الذي أخذ باتجاه قانون السجل الفرنسي ، والقانون المصري ، وقد اقيمت مكاتب السجل التجاري في المملكة في مدن الرياض وجدة ومكة المكرمة والمدينة المنورة والطائف والدمام والخبر والظهران وجيزان .

المطلب الأول

القيّد في السجل

أولاً : الخاضعون لالتزام القيد في السجل التجاري :

يلتزم التاجر الفرد بالقيد في السجل سعودي كان أم أجنبياً بشرط أن يكون له في المملكة محل أو فرع أو وكالة (مادة ١ و ٢) . ولا يلتزم التاجر الفرد بالقيد في السجل التجاري إلا إذا توفرت فيه ثلاثة شروط :

(أ) أن يكون تاجراً . والمرجع في ثبوت صفة التاجر إلى التشريع السعودي^(٢) . وإذا لم تثبت للشخص صفة التاجر فإنه لا يلتزم بالقيد . وتتضمن المادة (١٣) من نظام السجل تعريفاً للتاجر يطابق التعريف الوارد في نظام المحكمة التجارية .

(ب) أن يكون للتاجر محل أو فرع أو وكالة في المملكة (مادة ٢ ، ٥ من النظام) . غير أنه لا يكفي لالتزام التاجر الذي يباشر نشاطه التجاري في الخارج بالقيد أن يكون له في المملكة مخازن للبضائع فقط طالما لم تكن له محلات أو

(١) انظر محمد حسنى عباس المرجع السابق ص ٢٢٩ .

(٢) نظام المحكمة التجارية الصادر سنة ١٣٥٠ هـ (مادة ١ ، مادة ٢) .

فروع في المملكة ويلاحظ أيضاً أنه لا يلزم أن يكون التاجر مالكا للمتجر بل يكفي أن يكون مستأجراً له حتى يقع عليه بحث الالتزام بالقيد في السجل التجارى .

ولا يلزم التاجر الذى ليس له محل ثابت يباشر فيه مهنته بالقيد في السجل التجارى ولكنه يلتزم مع ذلك قبل أن يمارس تجارته أن يحصل من مكتب السجل - الذى يقع في دائرته محل إقامته أو مركز نشاطه - على رخصة بمزاولة المهنة وذلك بناء على طلب يقدمه إلى المكتب المذكور (مادة ٥ من النظام) . ولا يجوز لمكتب السجل أن يمتنع عن صرف هذه الرخصة إلا إذا كان في طلبها أو صرفها إليه مخالفة لأحد أنظمة المملكة ويجوز التظلم من الرفض إلى وزير التجارة (مادة ٥ من النظام و ١٢ من اللائحة التنفيذية) .

(ج) أن يتجاوز رأس مال التاجر خمسة آلاف ريال ولا يلتزم التاجر الذى لا يبلغ رأس ماله هذا القدر بالقيد في السجل ولكنه إذا رغب في قيد اسمه فانه يلتزم بتطبيق أحكام النظام . وقد أضيف هذا الشرط بقرار مجلس الوزراء رقم ١٥٥ في ١٥/٣/٨٥ هـ ، لاستبعاد صغار التجار من التزام القيد في السجل إلا إذا رغبوا في ذلك تحقيقاً لما يرونه في مصلحتهم .

هذا عن التاجر الفرد أما التزام الشركات بالقيد في السجل التجارى فقد عرضت له المادة (٣) من نظام السجل التجارى السعودى التى نصت على أن الالتزام بالقيد مقصور على الشركات التجارية ومع ذلك تنص المادة (٢ / ١٣) من النظام المذكور على أنه تعتبر شركة فيما يتعلق بهذا النظام الشركات بكافة أنواعها وأياً كان النشاط الذى تزاوله .

وقد يذهب رأى إلى تغليب هذا الحكم الأخير والقول بوجوب قيد جميع الشركات بالسجل ولو كانت أعماها مدنية كالزراعة على أساس أن الهدف من ذلك هو حصر جميع الشركات للأغراض الاحصائية .

ولكن الصحيح في رأينا قصر القيد على الشركات التجارية لوضوح نص المادة (٣) وعلى هذا فان تفسير المادة (٢ / ١٣) في ضوء نص المادة (٣) يقتضى

القول بقيد الشركات التجارية بجميع أنواعها .

ثانياً : البيانات التى يجب قيدها فى السجل التجارى :

يجب على التاجر أن يقدم طلب القيد فى السجل التجارى إلى المكتب الواقع بدائرته محله وذلك خلال شهر من افتتاح محله التجارى أو تملكه لهذا المحل إذا كان قد تملك متجراً قائماً ، أو من تاريخ مباشرته التجارة فى مركز أو محل ثابت بأحدى المدن السابقة التى افتتحت فيها مكاتب السجل التجارى ، كما يجب عليه القيد كذلك فى كل مكتب يوجد بدائرته فرع أو وكالة له .

ويجب أن يشتمل الطلب على اسم التاجر واسم والده وسنه وجنسيته وعنوان اقامته الدائم واسم المحل التجارى وعنوانه . ونوع تجارته وتاريخ بدء أعماله التجارية وعنوان المحل الرئيسى والفروع والوكالات التابعة له سواء فى المملكة أو فى الخارج . وأسماء المديرين أو الوكلاء المفوضين وجنسياتهم وسنهم وموطنهم (مادة ٢) .

وقد عنى المشرع بأن يجعل السجل التجارى مطابقاً لأحدث التطورات التى تحدث فى حياة التاجر التجارية ولذلك أوجب المشرع التأشير فى السجل بأى تغيير يطرأ على عناصر الحياة التجارية للتاجر سواء أكان الأمر متعلقاً بالمحل الرئيسى أو بالفرع أو الوكالة (مادة ٨/٢ ومادة ٦ من النظام) . ويلقى النظام عبئاً هذا الالتزام على التاجر وعلى الجهات القضائية ، فقد أوجب النظام على التاجر أن يطلب تسجيل أى تغيير يطرأ على البيانات السابقة خلال شهر من حصول التغيير أى من تاريخ العقد أو الحكم أو الواقعة التى تستلزم ذلك (مادة ٦) . وإذا كانت المادة (٨/٢) من النظام تنص على أن للتاجر أن يتقدم لتسجيل التعديل « فى أى وقت شاء » . فقد قرر مجلس الوزراء فى قراره رقم ٨٦٢ الصادر فى ١٣٨٦/٢/٢٥ هـ ، أنه لا تعارض بين النصين وأن التعديل يكون فى أى وقت يشاء التاجر ولكن خلال سنة شهر .

وقد أوجب النظام كذلك على الجهات القضائية التى يصدر منها حكم يعدل

من مركز التاجر أن تخطر مكتب السجل التجارى بصورة كاملة من هذه الأحكام والأوامر (مادة ١٠) .

ولم يحدد النظام مدة معينة يتم فيها هذا الاخطار ولعله من المصلحة تحديد نفس المدة التى يجب فيها على التاجر الإخطار بأى تعديل يطرأ على حالته . وعلى ذلك يجب على الجهات القضائية الإخطار بأحكام إشهار الافلاس أو الغائه والأحكام الصادرة بعد اشهار الافلاس بتعيين وقت التوقف عن الدفع وأحكام قفل التفليسة أو إعادة فتحها وأحكام إعادة الاعتبار . وكذلك الأوامر الصادرة فى الصلح الواقعى من الافلاس أو بشأن الحجز على أموال التاجر .

كذلك ينبغى الإخطار بالأحكام والقرارات الصادرة بالحجز على التاجر أو بتعيين القائمين بالوكلاء عن الغائبين أو بعزلهم أو برفع الحجز أو بتعيين الوكلاء عن الغائبين أو عزلهم وكذلك الأحكام الصادرة بتوقيع الحدود الشرعية التى يحكم بها على التاجر . ولا تفترق الأحكام الخاصة بقيد بيانات الشركات كثيراً عن الأحكام السابقة إلا فى بعض التفاصيل التى يقتضيها الحال بالنسبة للشركات فيجب أن يتم قيد الشركة فى السجل خلال شهر من تأليفها أو افتتاح مركزها الرئيسى بطلب من مديرها أو وكلائها المفوضين أو غيرهم من القائمين بإدارتها . ويشتمل الطلب على نوع الشركة واسمها والنشاط التجارى الذى تبشره وعنوان مركزها الرئيسى وعناوين الفروع والوكالات التابعة للشركة . ومقدار رأس المال وتاريخ ابتداء الشركة وانتهائها ، واسم المدير المسئول عن الشركة (مادة ٣) .

ولا يتضمن النظام ضرورة الإخطار بأسماء الشركاء وخاصة فى شركات التضامن التى يعد التاجر فيها مسئولاً عن ديون الشركة فى حالة عجزها عن السداد .

وإذا كان للشركة فرع أو وكالة ، فإن على الشركة أن تطلب القيد أيضاً فى مكتب السجل الذى يقع بدائره المحل أو الفرع أو الوكالة ، وذلك خلال شهر من افتتاحه ويشتمل الطلب على عنوان الفرع أو الوكالة واسم وسن ومحل ميلاد

وجنسية مدير الفرع أو الوكالة وعنوان اقامته الدائم في المملكة .
أما الشركة الأجنبية التى يكون لها فى المملكة فرع أو وكالة ولكن مركزها الرئيسى يكون فى الخارج ، فيجب أن يشتمل طلب القيد على جميع البيانات السابقة المنصوص عليها فى المادة (٣) ويكون طلب القيد مصحوباً بصورة من عقد تأسيس الشركة مع ترجمة عربية كاملة له وعلى أن تكون الترجمة والصورة معتمدتين من جهة الاختصاص (مادة ٤) .

ونقترح فى هذا الخصوص قيد رصيد الفرع أو الوكالة المدين للمركز العام إذ أن بيان رأس مال الشركة وحده فى صحيفة القيد لا يكشف مدى نشاط فرع الشركة الموجود فى المملكة بالرغم من أهمية ذلك لمعرفة المعلومات اللازمة عن الأموال التى تستثمرها الشركات الأجنبية التى لها فروع فى المملكة وهو أمر بالغ الأهمية من الناحيتين السياسية والاقتصادية .

هذا ومن الجدير بالذكر أن المشرع المصرى يلزم الشركات الأجنبية بتقديم هذا البيان .

وأسوة بما يجب على التاجر الفرد يوجب المشرع السعودى على الشركة التأشير فى السجل بكل تغيير يطرأ على عناصر الحياة التجارية للشركة ويقع الالتزام بالتأشير على مديرى الشركة أو وكلائها وعلى الجهات القضائية التى قد يصدر منها حكم بحل الشركة أو بطلانها أو تعيين المصفين لها أو عزلهم أو الأحكام السابقة الخاصة بالإفلاس (المادتان ٦ ، ١٠) .

ثالثاً : محو القيد فى السجل :

فرض النظام على التاجر محو القيود الخاصة بالمشروعات التجارية التى تنتهى حياتها لأى سبب من الأسباب وعلى ذلك يجب طلب محو القيد فى الحالات الآتية (مادة ٧) .

(أ) اعتزال التاجر لتجارته نهائياً لأى سبب من الأسباب .

(ب) وفاة التاجر دون استمرار ورثته فى التجارة وذلك إذا أغلق المحل نهائياً . فإذا ظل مفتوحاً ولو لأعمال التصفية وجب أن يظل القيد قائماً حتى تتم

أعمال التصفية .

(ج) تصفية الشركة لأى سبب من الأسباب ، ولا يحى القيد على الراجع إلا عند انتهاء عمليات التصفية .
وبدئى أن الالتزام بطلب المحو يقع على التاجر فى حالة اعتزال التجارة ، وعلى ورثته أو أوليائهم أو أوصيائهم عند وفاته ، وعلى المصفى فى حالة تصفية الشركة . ويجب أن يقدم طلب المحو خلال شهر من تاريخ وقوع سببه .
ويقوم مكتب السجل بالمحو ويكون بقرار من المدير العام لمصلحة التجارة الداخلية والخارجية بوزارة التجارة بعد التحقق من الواقعة المستوجبة للشطب وسماع أقوال أصحاب الشأن إذا لم يقدم طلب المحو ممن يقع عليه الالتزام بتقديمه فى الميعاد .

رابعاً : اجراءات القيد فى السجل :

يجب أن يقدم طلب القيد أو التأشير من أصل وصورة على الاستمارات والأوراق المعدة لهذا الغرض وترفق به المستندات اللازمة . وعلى مكتب السجل أن يتحقق قبل استلام الاستمارات من شخصية مقدميها ومن صفتهم (المادة ٨ من النظام و ٣ من اللائحة) .

ويجوز لطالب القيد فى حالة رفض طلبه أن يتظلم إلى مدير عام مصلحة التجارة ، كما يجوز له أن يقدم طلباً جديداً (مادة ٨ من النظام) .

ويخصص مكتب السجل صفحة لكل تاجر يكون رقمها هو رقم القيد فى السجل ، ويرد مكتب السجل الصورة الى الطالب مؤشراً عليها بتمام القيد .
ويقوم مكتب السجل بابلاغ مكتب الاحصاء بوزارة التجارة فى أول كل شهر ببيانات عن الطلبات التى قدمت إليه خلال الشهر السابق ، لاصدار نشرة السجل المنصوص عليها فى المادة (١٥) من اللائحة التنفيذية (المواد ٦ ، ٩ ، ١٣ ، ١٥ من اللائحة التنفيذية والمادة ٨ من النظام) .

وقد أوجب النظام على مكتب السجل التجارى المختص التحقق من توافر

شروط القيد الموضوعية فضلاً عن شروطه الشكلية ، إذ يجب على المختص بالمكتب أن يتحقق مما إذا كان طالب القيد تاجراً له محل أو فرع أو وكالة في المملكة . وعلى المختص أن يتحقق من سلامة المستندات المقدمة من الناحية الشكلية أما التحقيق بشأن صحة البيانات ومطابقتها موضوعياً على الحقيقة في ضوء المستندات المؤيدة لها ، فلا يدخل في صلاحيات المكتب .

ومن ذلك يبين أن الغير لا يستطيع أن يطمئن تماماً إلى صحة بيانات السجل وإلى مطابقتها بصفة كاملة للحقيقة وإن كان يزود صاحب الشأن ببعض البيانات التي قد تساعد على معرفة وضع التاجر فضلاً عما يحققه السجل من مزايا احصائية .

خامساً : العلانية التي يحققها القيد في السجل :

يخبر النظام للغير أن يطلع على البيانات الثابتة في السجل كما يميز النظام لأي شخص أن يحصل من مكتب السجل على مستخرجات من صفحة القيد تشمل كل البيانات الأصلية والمعدلة الواردة بالصفحة المخصصة للتاجر وفقاً للمادة (١١) من النظام .

وحتى يمكن النظام الغير صاحب المصلحة من الحصول على هذه المستخرجات وتلك البيانات أوجب على التجار إثبات أرقام القيد في السجل التجاري على واجهات محلاتهم وكتاباتهم (مادة ٩) .

ولا يجوز أن تشمل الصور المستخرجة على أحكام اشهار الافلاس إذا حكم برد الاعتبار أو أحكام وقرارات الحجز أو الحجر إذا قضى برفعها .

ويبرر هذا الاستثناء حظر التشهير بالتاجر وإذا كان التاجر غير مقيد في السجل ، فإن المكتب يعطى للطالب شهادة سلبية بعدم حصول القيد في المكتب الذي قدم له الطلب .

وقد أوجب المشرع على وزارة التجارة أن تصدر نشرة في الشهر الأول من كل سنة تضم بعض البيانات التي تم تسجيلها خلال تلك السنة في السجل

التجارى الخاص بكل بلد (مادة ١٥ للاتحة) ، كما تعلن فيها أسماء التجار الذين حصلوا من مكتب السجل على رخص بالتجار طبقاً للمادتين (٥) ، و (١٩) من النظام .

وعلى ذلك فان المشرع السعودى لا يحقق علانية بيانات السجل التجارى باجازه الاطلاع عليها والحصول على مستخرجات منها فحسب بل أنه يجعل للغير سبيلاً ميسراً لمعرفة هذه البيانات عن طريق نشرة السجل .

المطلب الثانى

الآثار التى تترتب على الالتزام بالقيد فى السجل التجارى

السجل التجارى وسيلة للعلانية فى البيئة التجارية ويؤدى بذلك وظيفته الاعلامية فيمكن للغير الرجوع إليه للتعرف على مايهمه من البيانات المثبتة فيه ولم يجعل النظام من القيد فى السجل التجارى وسيلة اشهار قانونية فى المواد التجارية بحيث يترتب على عدم قيد أى من البيانات التى يوجب النظام قيدها سقوط حق التاجر فى الاحتجاج به على الغير ، كذلك لايعتبر البيان المقيد فى السجل حجة فى مواجهة الكافة ، وذلك على الرغم من أن النظام منح مكتب السجل التجارى حق التحقق من صحة البيانات التى يطلب قيدها فى السجل على نحو ماسبق أن ذكرنا .

ولكى يقوم السجل التجارى بوظيفته الاعلامية ، أوجب النظام على نحو ماذكرنا على كل من قيد فى السجل التجارى أن يكتب على واجهة محله وفى جميع المراسلات والمطبوعات . والأوراق المتعلقة بتجارته ، اسمه التجارى مشفوعاً ببيان مكتب السجل المقيد به ورقم القيد ، حتى يتمكن الغير من الرجوع إلى السجل بعد معرفته رقم القيد .

وليس للقيد فى السجل التجارى أو عدم القيد فيه أثر على اكتساب أو عدم اكتساب صفة التاجر ، فلا يترتب على القيد فى السجل اكتساب صفة التاجر إذا

لم تتوفر لمن قيد في السجل هذه الصفة قانوناً ، كذلك لا يترتب على عدم القيد فقدان صفة التاجر أو عدم اكتسابها .

ويعتبر القيد في السجل التجارى منشئاً لقريئة واقعية على أن المقيّد تاجر حتى يقيم الدليل على العكس (١)

كذلك لا يغنى القيد في السجل التجارى عن اتخاذ اجراءات الشهر اذا تطلبها النظام . ويترتب على القيد في السجل التجارى منح التجار المقيدين به حقوقاً خاصة بهم ولا يتمتع بها غيرهم ، من ذلك حقهم في عضوية الغرفة التجارية .

المطلب الثالث

جزاء الإخلال بالتزام القيد في السجل التجارى

نص النظام على أن يعاقب على عدم القيد أو عدم الحصول على الترخيص الواجب من مكتب السجل بغرامة قدرها (٣٠٠) ريال وتعدد هذه الغرامة بتعدد المحلات أو الفروع أو الوكالات . ويتكرر الجزاء عن المحل الواحد بعد مضي شهر على ضبط المخالفة السابقة وفي المرة الثالثة يصدر قرار بغلق المحل فضلاً عن الغرامة (مادة ١٤) .

ويعاقب على عدم اجراء التعديلات أو شطب التسجيل بغرامة قدرها (٢٠٠) ريال على أن يتضمن القرار الصادر بتوقيع الجزاء الأمر بالتأشير الواجب أو شطب التسجيل (مادة ١٥) . وترتفع الغرامة حتى (٥٠٠) ريال لكل من يتعمد ذكر بيانات غير صحيحة في الطلبات المقدمة إلى المكتب وكذلك لكل من يذكر حصول القيد رغم عدم حصوله (مادة ١٧) .

وتوقع هذه الجزاءات بقرار من مدى مصلحة التجارة ويجوز التظلم من هذا القرار إلى الوزير (مادة ١٨)

(١) أنظر أكمم الفتوى الموجز ج ١ رقم ٢٢٨ وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية كذلك بوجهة النظر هذه - أنظر نقض فرنسي تجارى في ١٨ / يناير / ١٩٥٦ م .

ويقترح في هذا الخصوص أن يترك توقيع العقوبات الجنائية لهيئة قضائية مستقلة .

ويقرر النظام لموظفي السجل التجاري صلاحية التفتيش على المحلات التجارية الواقعة في دائرة اختصاصهم للتحقيق من تنفيذ أحكام وضبط كل مخالفة لأحكامه وعمل المحضر اللازم لذلك (مادة ١٢) .

ولم ينص نظام السجل التجاري على أى جزاء مدنى لعدم القيد ، ولم يرتب آثاراً مدنية على القيد فهو لم يعترف للسجل بوظيفة الاشهار فى المواد التجارية ، وهكذا .

وبذلك يعد السجل التجارى مجرد وسيلة لتحقيق بعض العلانية فى المحيط التجارى ، أما بالنسبة للشركات فيعتبر قيد الشركة فى السجل التجارى جزءاً لا يتجزأ من الشهر القانونى الذى يترتب على تخلفه عدم الاحتجاج بالشركة على الغير (مادة ١٣ و ٢١ من نظام الشركات) .

ويترتب على قيد بعض البيانات غير الصحيحة فى السجل التجارى على نحو يضر بالغير حسن النية أن يلزم التاجر بتعويض الغير الذى أضرى طبقاً للقواعد العامة .



البط الثالث

المحل التجاري

نشأت فكرة المحل التجاري وتطورت منذ بداية القرن التاسع عشر ولم يكن اصطلاح المحل التجاري قبل هذا الوقت يشير إلا إلى البضائع الموجودة فيه ، ثم اتسع هذا المعنى ليشمل المنقولات المادية الأخرى كالألات والمهات ، ثم شمل بعد ذلك المنقولات المعنوية بعد أن تبين أهمية قيمتها في تقويم عناصر المحل التجاري .

ويعرف المحل التجاري بأنه منقول معنوى يشمل مجموعة من العناصر المادية والمعنوية المخصصة لمزاولة المهنة التجارية . وأهم هذه العناصر على الرأى الراجح بين الفقهاء هو عنصر الاتصال بالعملاء الذين تعودوا التردد على المحل التجاري .

ومازالت فكرة المحل التجاري في دور التطور وترتبط في الوقت الحاضر بفكرة (المشروع) الذى يمكن أن يستقل عن ذمة صاحبه ، ويتكون المحل التجارى من عناصر مختلفة بعضها يعتبر من قبيل المنقولات المادية ومنها المهات والأدوات والاثاثات والبضائع وغيرها كما يتضمن المحل التجارى بعض المنقولات المعنوية كالاتصال بالعملاء والاسم التجارى والحق فى الايجار وبراءات الاختراع والعلامات التجارية والرسم والنماذج الصناعية . وكل من هذه المنقولات مادية أو معنوية يمكن وحده أن يكون متولاً مستقلاً متقوماً له طبيعته القانونية الخاصة ، ولكنها داخل المحل التجارى تتحد وتتكامل وتصبح

على الرأى الراجع. منقولاً ومعنوياً وتكون فى مجموعها مانسميه (المحل التجارى) ، والأصل أن الحقوق والالتزامات التى تترتب فى ذمة التاجر لتعلقها بالاستقلال التجارى لاتدخل فى عناصر المتجر إلا فى أحوال استثنائية خاصة وفى حالة ما إذا اتفق بائع المحل التجارى ومشتريه على العكس .

الفصل الأول

عناصر المحل التجارى

سبق أن ذكرنا أن العناصر التى تدخل فى تكوين المحل التجارى معنوية ومادية ، وتتفاوت المحلات التجارية بالنسبة للأهمية النسبية للعناصر الداخلة فيها تبعاً لنوع الاستقلال ، ومن الجائز ألا يكون المحل التجارى جامعاً لكل العناصر السابقة فقد تحدث فيه بعضها دون البعض الآخر . على أن الثابت أن المنقولات المادية وحدها لاتكون فكرة المحل التجارى . فإذا بيعت البضائع والمهمات مثلاً فلا يمكن أن يعتبر ذلك بيعاً ولذا يجب أن يتضمن المحل التجارى على الأقل العناصر المعنوية كالحق فى الاتصال بالعملاء للوفاء بفكرة المحل التجارى . وفيما يلى بيان العناصر المعنوية ثم العناصر المادية للمحل التجارى .

المبحث الأول : العناصر المعنوية للمحل التجارى المطلب الأول : حق الاتصال بالعملاء

العملاء هم الأشخاص الذين اعتادوا التردد على المحل التجارى والشراء منه أو تلقى خدماتهم من المحل التجارى على نحو مستمر ، وحجم هؤلاء العملاء يعبر عن حجم الربح التجارى الذى يحققه المحل . ولذا فان صاحب المحل التجارى يعتمد إلى اجتذابهم بكل الوسائل الممكنة والمتاحة كالارتفاع بمستوى بضاعته أو خدمته أو خفض الثمن أو السعر أو جمال الاثاث أو طريقة عرض

البضائع أو الخدمة كما يحاول التاجر بناء سمعة تجارية تزيد من مقدرة المحل على اكتساب عملاء جدد وبناء السمعة التجارية يعتاد العملاء على التردد على المحل والشراء منه ولو تغير مالكة ، وإذا كان الحق في الاتصال بالعملاء عنصراً شخصياً متصلاً بشخص التاجر فإن السمعة التجارية عنصر عيني مرتبط بالمحل التجاري .

المطلب الثاني

الحق في الإجارة

إذا لم يكن المحل التجاري مملوكاً للتاجر فإن حق التاجر في البقاء في المحل التجاري الفترة المتفق عليها في عقد الإيجار يعد من العناصر المعنوية للمتجر . ويكون من العناصر المعنوية كذلك حق التاجر في التنازل عن الإيجار للغير طالما أن من حقه نظاماً إجراء هذا التنازل . ويعد هذا العنصر من أهم العناصر في الأماكن التي تتميز بموقعها التجاري .

المطلب الثالث

اسم المحل التجاري

قد يستخدم التاجر تسمية يطلقها على محله التجاري فتميزه وتكون إحدى دعائم شهرته بين الناس . وقد يكون اسم الشهرة أو اسماً مبتكراً ، بل قد يكون اسم التاجر نفسه ولكن وضعه على المحل يجعله حقاً مالياً يدخل في عناصر المحل التجاري . وقد يلحق باسم المحل التجاري عنوانه الذي قد يكون جزءاً منه .

المطلب الرابع

حقوق الملكية الأدبية والفنية وبراءات الاختراع والرموز
الصناعية والعلامات التجارية

وهى حقوق معنوية ذات قيمة مالية قد تكون كبيرة يمكن التصرف فيها ومن ثم تجب حمايتها وقد تكون هذه الحقوق براءة اختراع أو رسوماً أو نماذج صناعية أو علامات تجارية . وبراءة الاختراع هى شهادة تمنحها الادارة المختصة للمبتكر فيستطيع بمقتضاها أن يستأثر بحق استغلال اختراعه استغلالاً اقتصادياً . أما الرسوم والنماذج الصناعية فهى ابتكارات تتصل بالمظهر الخارجى للمنتجات كالرسوم التى تزين الأقمشة أو الخزف أو شكل الزجاج أو الاطار أو غير ذلك من المنتجات الصناعية أما العلامات التجارية فهى الشارات أو الرموز التى يضعها المنتج لتمييز بضائعه عن البضائع الأخرى وهى تعتبر ذات أهمية كبرى للمنتج الذى لا يعرفه عملاؤه إلا من هذه العلامة ، كذلك من الممكن أن تكون من عناصر المحل التجارى المعنوية حقوق ملكية أدبية أو فنية بالنسبة مثلاً لدور النشر أو الملاحى أو غيرها .

المطلب الخامس

الرخص والإجازات الادارية

ويقصد بها التراخيص والإجازات الادارية التى تمنحها السلطات الادارية المختصة والتى تعتبر كعنصر معنوى من عناصر المحل التجارى ، وقد يعتمد نشاط المحل التجارى أو نوع الاستغلال على ترخيص من الجهة الادارية (كقابلية المحال العامة من مقاهى ومطاعم إلخ ...) كذلك قد تشترط اجازة الجهة الادارية لتقديم بعض السلع فى بعض الأماكن . وفى مثل هذه الحالات تعتبر الرخصة أو الاجازة عنصراً معنوياً هاماً من عناصر المحل التجارى يزيد فى قيمته .

الفصل الثاني العناصر المادية للمحل التجاري

تتضمن العناصر المادية للمحل التجاري على جميع المنقولات التى هى مخصصة لاستغلال المحل التجاري كالألات والمهات اللازمة للاستغلال وتعد الألات والمواد الأولية ذات أهمية بالغة بالنسبة لأعمال التصنيع المختلفة ، كما تعد المهات اللازمة للاستغلال هامة بالنسبة لبعض أنواع الاستغلال كالمقاعد بالنسبة للسينا وللمقهى والممرح وللإستغلات المشابهة . على ان المهات والألات لا تكون عنصرا يعتمد عليه فى بعض أنواع الاستغلال كالمحلات الخاصة بالسمرسة او الوكالة بالعمولة .

ومن المجدير بالذكر ان البضائع هى اقل العناصر المادية أهمية ولكنها كانت هى فى البداية هى المقصود الاساسى من تعبير المحل التجاري واذا تعمقنا فى هذا الامر نجد ان البضائع عبارة عن منقولات مادية مهيأة للبيع والتغير المستمر ومن ثم فليس من السهل تجميعها لتكون عنصرا من عناصر المحل التجاري ، لذلك يقال ان الحديث عن البضائع ينصرف الى مجموع ما يوجد بالمحل Stock فى وقت معين ، ولا ينصرف الى مفردات محددة ، على انه حتى فى هذا الاطار العام تتفاوت المحال التجارية . فمنها ما لا يتضمن بضائع على الإطلاق كمشروعات النقل ودور السينا والمسارح والملاهى وسائر المحال التى لا تقوم على احتراف الشراء لاجل البيع فى المنقولات ، ويذهب الفقهاء الى استبعاد العقار المملوك للتاجر من عناصر المحل التجاري لان المتجر مال منقول معنى يتكون من مجموع عناصر منقولة ، ولان القاعدة ان يتبع العقار المنقول حتى لو خصص العقار لخدمة المنقول .

ولا تعتبر الدفاتر التجارية عنصرا فى المحل التجاري وكذلك لا يعد من عناصر المحل التجاري الخطابات والمراسلات ومن ثم فلا تنقل ملكيتها الى المشتري عند بيع المحل التجاري .

الفصل الثالث الطبيعة القانونية للمحل التجاري

من المسلم به ان المحل التجارى مال معنوى يدخل فى تكوينه القانونى بعض العناصر المادية الى جانب العناصر المعنوية التى سبقت الاشارة اليها ، وان هذه المجموعة من العناصر المختلفة مخصصة لغرض اجتذاب العملاء والحصول على الربح .

كذلك من المؤكد ان كلاً من العناصر التى يتكون منها المحل التجارى يحتفظ بطبيعته القانونية .

وقد اختلفت الاراء فى تحديد الطبيعة القانونية للمحل التجارى فقد ذهب انصار نظرية تخصيص الثروة التجارية الى ان المتجر عبارة عن مجموعة مالية مستقلة يخصصها التاجر لغرض اقتصادى معين ، فان هذه المجموعة مستقلة عن باقى ثروته وهم يرون ان المحل التجارى عبارة عن مجموعة عناصر مخصصة للاستغلال التجارى منفصلة عن ذمة التاجر المالية ، لها اصولها وخصومها الخاصة ، ولذا فهم ينظرون الى المحل التجارى عبارة عن مجموعة عناصر مخصصة للاستغلال التجارى منفصلة عن ذمة التاجر المالية ، لها اصولها وخصومها الخاصة ، ولذا فهم ينظرون الى المحل التجارى كثروة بالتخصيص منقطعة الصلة بذمة التاجر وعلى ذلك فان الحقوق والديون التى تنشأ عن استغلال المحل التجارى تدخل ضمن مقوماته .

ويؤخذ على هذه النظرية مخالفتها لمبدأ وحدة الذمة المالية للتاجر اذ اموال التاجر المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه ، كذلك تتعارض النظرية مع مواعيد الافلاس الذى تشمل آثاره كل اموال الدائنين العاديين اموال المدين قسمة غرماء على ما سيرى فيما بعد .

وقد ذهب راي اخر الى القول بان المحل التجارى شخصية اعتبارية لها ذمة مالية منفصلة عن ذمة صاحب المتجر لها اصولها التى يتكون من العناصر المعنوية

والمادية للمحل التجارى والحقوق التى تكتسب من استشاره لها وخصوصها تتمثل فى الديون التى قد تنشأ عن استغلال المتجر .

ويؤخذ على هذه النظرية كذلك تعارضها مع مبدأ وحدة الذمة المالية للتاجر كما يؤخذ عليها انها تخلع على المتجر الشخصية المعنوية دون سند من النظام . وقد ذهب راي ثالث الى ان المحل التجارى ليس مجموعة قانونية وانما هو مجموعة عناصر يجمع بينها انها مخصصة للاستغلال التجارى ، ولكن هذه العناصر كل منها مستقل عن الآخر ووحده التاجر بينها لتحقيق هدفه الاقتصادى ، ومن ثم فهى مجموعة واقعية لا مجموعة قانونية ويؤخذ على هذه النظرية القول بوجود مجموعة واقعية ليس له مدلول قانونى محدد وقيمتة سلبية تنحصر فى استبعاد نظرية المجموعة القانونية .

والواقع انه لا يمكن الاخذ باى من النظريات السابقة لتعارضها مع التكوين القانونى للمحل التجارى ، فالمحل التجارى عبارة عن مجموعة من العناصر المادية والمعنوية يتولى صاحبها التاليف بينها لاستغلالها بهدف تحقيق الربح ، وان هذه المجموعة من العناصر عبارة عن مال معنوى للتاجر عليه حق من حقوق الملكية التجارية والصناعية ، وان النظام يخلع الحماية على هذا المال كما يحمى اى مال مملوك للشخص ، وان هذا المال المنقول المعنوى ترد عليه التصرفات القانونية كالبيع والرهن باعتباره جزءاً من الذمة المالية للمالك . وهذا هو التصوير الذى اخذ به القضاء فى بعض البلاد ، واقرته محكمة النقض المصرية^(١) .

الفضل الرابع بيع المحل التجارى ورهنه

نعرض فيما يلى الى كل من احكام بيع المحل التجارى ورهنه على

استغلال .

(١) انظر حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ٦ مارس ١٩٥٢ والحكم الصادر منها فى ١٤ ابريل ١٩٥٥ م .

المبحث الأول : أحكام بيع المحل التجاري

تسرى القواعد العامة على عقد بيع المحل التجاري بالنسبة لأركان العقد وبالنسبة لعيوب الرضا أو تدليس بالنسبة لعنصر من عناصر المحل ويجب أن يكون كل من البائع والمشتري أهلاً لإبرام هذا التصرف ، كما يجب أن يحدد المتعاقدان العناصر التي يتضمنها المحل المبيع سواء مادية أو معنوية ولا بد من أن يتضمن البيع عنصراً أو أكثر من العناصر المعنوية التي تمثل فكرة المحل التجاري ، ويلتزم البائع بمقتضى العقد أن يقوم بنقل ملكيتها إلى المشتري . كذلك يتفق الطرفان على الثمن وكيفية الوفاء به . وقد ثار خلاف بالنسبة لتجارية عقد بيع المحل التجاري ولكن الرأي الراجح يذهب إلى تجارية المحل التجاري بقصد إعادة بيعه لتحقيق الربح وهذه صورة نادرة ، والغالب أن يكون بائع المحل التجاري تاجراً يعتزل التجارة وأن يكون المشتري ينوئ بشرائه أن يبدأ احتراف التجارة ، وفي الحالين يكتسب العقد ، على الرأي الراجح الصفة التجارية بالتبعية .

أما إذا كان البائع غير تاجر يملك المحل التجاري عن طريق الإرث أو الوصية والهبة ، ويريد بيعه لعدم رغبته في مزاولة التجارة فيذهب رأي بعض الفقهاء إلى تجارية هذا البيع بسبب موضوع العقد إلا أن الرأي الراجح في نظرنا يعتبر العقد مديناً بالنسبة للبائع . ويذهب الرأي الراجح إلى القول بأنه يشترط لاعتبار البيع وإرداء على بيع محل تجاري أن يشمل البيع العنصر الجوهرى الخاص بحق الاتصال بالعملاء فإذا استبعد هذا العنصر لا يعد البيع وإرداء على محل تجاري ولو خلع المتعاقدان هذا الوصف على العقد ..

ويجب أن يكون استغلال المحل التجاري مشروعاً وإلا وقع البيع باطلاً لمخالفته محل الالتزام للنظام العام أو الآداب العامة . ولما كان عنصر الاتصال بالعملاء هو العنصر الجوهرى والرئيسى في المحل التجاري فإن نقل ملكية المحل

التجارى للمشتري يقتضى تسهيل البائع للمشتري الافادة من هذا العنصر وذلك بالطرق والوسائل المناسبة .

ولذلك فقد يتضمن عقد بيع المحل التجارى شرطاً بعدم منافسة البائع للمشتري فى اى نشاط مماثل لنشاط المحل المبيع .

ويذهب الفقه والقضاء فى معظم بلاد العالم الى صحة هذا الشرط بشروط وقيد خاصة تختلف باختلاف الاحوال وباختلاف الانظمة القانونية .

وفما عدا ما تقتضيه الطبيعة الخاصة ببيع المحل التجارى والتي سبق ان عرضنا لها ، فان عقد البيع والتزامات كل من البائع والمشتري وآثار العقد وحكمه يخضع للقواعد العامة .

الفصل الخامس رهن المحل التجارى

تسرى القواعد العامة بوجه عام كذلك على عقد رهن المحل التجارى مالم يقتضه الحال من احكام خاصة تترتب على الطبيعة الخاصة للمحل التجارى .
فيجب أن تتوافر الشروط الموضوعية العامة اللازمة لانتقاد عقد الرهن من توافق الايجاب والقبول ، وصحة الرضاء ، وتوافر الأهلية اللازمة لإبرام الرهن بالنسبة للراهن والمرتهن . وملكية الراهن للمال المرهون ، واستناد الرهن إلى التزام أصلى صحيح وفقاً للقواعد العامة . ويجوز أن يشمل رهن المحل التجارى الاسم التجارى والحق فى الاجازة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والأثاث التجارى والمهمات والآلات التى تستعمل فى استغلال المحل والعلامات التجارية والرخص والاجازات وعلى وجه العموم حقوق الملكية الصناعية والأدبية والفنية والمرتبطة به وفقاً لما يتم الاتفاق عليه .

أما إذا سكت المتعاقدان ، فلم يعيننا عناصر المتجر التى يشملها الرهن

فيذهب الرأي الراجح إلى أن الرهن يشمل الأسم التجاري والحق في الاجازة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية وهي العناصر المعنوية في المحل التجاري ، ولا يترتب على الرهن حرمان صاحب المحل أو المدين من محله التجاري بل يظل المدين على رأس تجارته في محله التجاري يستثمر الاستثمار العادي فلا يتخلى عنه للدائن المرتهن ولا لغيره ولا يجوز للدائن المرتهن أن يتدخل أو يشرف على الاستثمار إلا إذا تضمن الاتفاق نصاً يمنحه هذا الحق كذلك يستطيع المدين أن يتصرف في المحل التجاري بالبيع طالما الدائن المرتهن حقه مضمون بحق التقدم والتتبع وفقاً للقواعد العامة .

وللدائن المرتهن وفقاً لقواعد عقد الرهن حق الأولوية في اقتضاء حقه على باقي الدائنين العاديين والتالين له ، كما أن له حق التتبع .

أما عن حق التتبع ، فهو يسمح للدائن المرتهن بالحجز على المتجر تحت يد الغير الحائز له لبيعه ومباشرة حقه في الأولوية عند استيفاء دينه من الثمن .



الباب الرابع

القانون العام للشركات التجارية

الفصل الأول

تعريف الشركات وأنواعها

المبحث الأول : نبذة تاريخية عن نظام الشركات

عرفت الشركة منذ القدم كنظام قانوني يمارس التجارة أو الصناعة فقد خصصت للشركة ثمان مواد من قانون هامورابي الذي صدر عام ٢٠٨٣ قبل الميلاد ، وقد نشأت فكرة الشركة عند الرومان مرتبطة بنظام الأسرة ، وقد تطورت فكرة الشركة من الملكية المشتركة بين أفراد الأسرة وقد كانت تبررها رابطة الدم ، وتقوم في ظل شركة أسرية ثم امتدت لتشمل أشخاصاً آخرين تتوفر لديهم نية المشاركة ولم تظهر الشركات التي تقوم على المضاربة إلا قبل الميلاد بحوالى قرنين من الزمن .

ولم يكن للرومان فضل يذكر على تطوير قواعد الشركات لأنهم احتقروا النشاط التجاري واعتبروه من عمل الرقيق ولم يولوا تنظيم التجارة اهتمامهم ومع ذلك فقد اعتبروا عقد الشركة من العقود الرضائية التي تولد التزامات على كلا

المتعاقدين ولكنهم لم يتوصلوا لفكرة الشخصية المعنوية التى تعد عهاد النظام القانونى للشركات .

وقد اسهم ظهور الاسلام فى تطور قواعد التجارة بوجه عام وفى تطور قواعد الشركات التى أجزت وفقاً للسنة والاجماع وفى العصر الوسيط ازدهرت التجارة فى الجمهوريات الإيطالية خلال القرن الثانى عشر ، خاصة بعد نشوب الحروب الصليبية وسيطرة طوائف التجار واتحاداتهم وادى ذلك إلى نشوء شركات لها ذمة مالية ومديرون ، وادى ذلك إلى تأكيد الاحساس بوجود كائن خفى له كيان ذاتى منفصل عن أشخاص الشركاء^(١) .

وقد نشأت شركة المساهمة فى إيطاليا فى نهاية القرون الوسطى ، ثم اقتضى استغلال المستعمرات تكوين شركات كبرى لامتصاص خيراتها فى كل من انجلترا وفرنسا وهولندا واجاز القانون الفرنسى تكوين شركات المساهمة بموجب النصوص الواردة فى المجموعة التجارية الصادرة ١٨٠٨ .

المبحث الثانى : تعريف الشركة

تعرف المادة الأولى من نظام الشركات السعودى الشركة بأنها « عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم فى مشروع يستهدف الربح بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ماقد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة ، ويطابق هذا التعريف تعريف الشركات فى القانون المصرى وفى بعض البلاد العربية الأخرى ويبرز هذا التعريف أركان عقد الشركة وهى تعدد الشركاء وتقديم كل واحد منهم لحصة فى الشركة ثم اتجاه قصدهم جميعاً إلى تحقيق الربح وتقسيمه بينهم ، ولكن كذلك إلى اقتسام الخسارة إذا لم يسفر سير المشروع عن ربح بل عن خسارة .

(١) - انظر محمد صالح ج (١) رقم ١٨٠ وانظر ريبير دروبلوج رقم ٦٨١ - ٦٨٣ .

وتعرض نظام المحكمة التجارية للمملكة العربية السعودية الصادر في ١٥ محرم عام ١٣٥٠ هـ في المواد من (١١) الى (١٧) منه للشركات المعروفة في الشريعة الإسلامية واحال إلى عرف التجارة في تنظيم « الشركات الأخرى المتعارفة بين التجار ولم تكن هذه النصوص تتضمن سوى تعريف موجز لشركة المفاوضة (التضامن) وشركة العنان ومن صورها شركة المساهمة وشركة المضاربة .

وقد صدر نظام الشركات المصادق عليه بالمرسوم الملكي بتاريخ ٢٢/٣/١٣٨٥ هـ وهو تشريع حديث يقع في ٢٣٣ مادة وقد تعرض لكل ما يتعلق بالشركات ووضع القواعد الخاصة بانشائها وإدارتها وتصفياتها كما تضمن إلغاء جميع الأحكام التي تتعارض مع أحكامه (مادة ٢٣٣) وهو ما يعنى بدهاء إلغاء نصوص نظام المحكمة التجارية الخاصة بالشركات على نحو مضمنى .

وقد تضمنت المذكرة التفسيرية لنظام الشركات الجديد الإشارة إلى مشروعية الشركات وفقاً للشريعة الإسلامية على أساس السنة والاجماع وأضافت أن النظام قد اقتبس الصالح من أنظمة الدول الأخرى تحقيقاً للتقارب الذى تفرضه الصفة الدولية للتجارة ولكن مع استبعاد ما يمكن أن يتعارض من هذه الأحكام مع الشرع الحنيف وعلى هذا فان قواعد نظام الشركات تتطابق مع مبادئ الشريعة الإسلامية . ويلاحظ على نظام الشركات أن معظم أحكامه تتصف بالطابع الأمر مع وجود بعض القواعد التى تتيح الاتفاق على عكسها وهو ما تنص عليه المادة (٢) من النظام من أن أحكامه وكذلك ما لا يتعارض معها من شروط الشركاء وقواعد العرف - تسرى على الشركات الواردة فى هذه المادة .

المبحث الثالث : الشركة التجارية والشركة المدنية

الشركة نظام نفعي يستهدف تحقيق الربح لتوزيعه على الشركاء . وفى هذا تختلف الشركة عن الجمعية إذا تستهدف الجمعية تحقيق أغراض إجتماعية أو

سياسية أو ثقافية أو فكرية تختلف عن غرض تحقيق الربح الذى يعد أساساً في كل الشركات .

وتقوم التفرقة بين الشركة التجارية والشركة غير التجارية في الغالب على أساس نفس معيار التفرقة بين التاجر وغير التاجر أى إلى أساس طبيعة نشاطها وماتقوم به من أعمال ، فان كانت الشركة تحترف القيام بالأعمال التجارية اعتبرت شركة تجارية كاحترافها شراء منقولات بقصد بيعها وتحقيق ربح ، أو احترافها القيام بعمليات الصرف أو البنوك أو أعمال التجارة البحرية أو عمليات الصناعة والانشاءات العقارية أما لو كان الغرض من تكوين الشركة يعد بحسب القانون عملاً مدنياً فانها تعتبر شركة مدنية ، كالشركة التى تقوم بزراعة الأرض وبيع حاصلاتها أو بناء أو شراء عقارات بقصد تأجيرها .

أما إذا كان نشاط الشركة خليطاً من الأعمال التجارية والمدنية فانها تعتبر شركة تجارية إذا كان الغرض الرئيسى من تكوينها يعد عملاً تجارياً كما لو كانت شركة انشئت لصناعة منتجات زراعية واشترت مساحة من الأرض لزراعتها بالمحاصيل التى تستخدمها فى مصانعها ، أما إذا كان النشاط الرئيسى للشركة عملاً مدنياً كالزراعة واقتضى بيع منتجاتها الزراعية شراء مهمات لتعبئة المحاصيل وبيعها فان عمل الشركة يظل عملاً مدنياً ولا يتصف بالتجارية . ومفاد ماتقدم أن الأصل هو النظر الى طبيعة عمل الشركة لحسم وصفها بالتجارية أو بالمدنية^(١) . ومع ذلك قد اتجهت بعض التشريعات إلى إسباغ صفة التجارية على الشركات على أساس شكلها .

وقد توسع التشريع الحديث الى أبعد حد في تجاريّة الشركات لمجرد شكلها وأياً كان موضوع نشاطها^(٢) . فالمادة الأولى من قانون الشركات الفرنسى رقم

(١) انظر محسن شفيق الوسيط ج ١ رقم ٢٥٦٥ ومصطفى كمال طه مبادئ القانون التجارى ج ١ رقم ٢٠٤ و ٢٠٥ وعلى جمال الدين الوجيز ج ١ رقم ٤٠٨ .

(٢) اتجه المشرع الفرنسى إلى هذا الطريق منذ صدور قانون اغسطس ١٨٩٣ الذى اعتبر الشركات المساهمة تجارية ولو قامت بنشاط مدنى كما أكد أن هذا الاتجاه فى قانون مارس ١٩٢٥ الذى اعتبر الشركة ذات المسئولية المحدودة تجارية أياً كان موضوعها .

٦٦ - ٥٣٧ الصادر في ٢٤ يوليو ١٩٦٦ تقضى بأن الطابع التجارى للشركة يتحدد بشكلها أو بموضوعها . وتعتبر تجارية بسبب شكلها - وأياً كان موضوعها - شركات التضامن وشركات التوصية البسيطة والشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة . وعلى ذلك تكون شركة تجارية فى التشريع الفرنسى كل شركة تتخذ أحد الأشكال السابقة ولو كان موضوعها من طبيعة مدنية كالتعليم أو الزراعة أو غير ذلك من أوجه النشاط المدنى .

أما تشريع المملكة فإزال يأخذ فى التفرقة بين الشركات التجارية والشركات المدنية بنفس الضابط الذى يحكم التفرقة بين التاجر وغير التاجر طبقاً للمادة الأولى من نظام المحكمة التجارية . فإزالت العبرة بطبيعة نشاط الشركة وبموضوعها وفقاً للقواعد العامة وبتطبيق هذه القواعد العامة على الشركات تعتبر الشركة تجارية فى جميع الصور التى يكون لها فيها نشاط تجارى إلا إذا كان هذا النشاط تابعاً حتماً لنشاط أصلى من طبيعة مدنية .

والراجع ان العبرة فى تحديد وصف الشركة بالتجارية لا يكون بقيامها فعلاً بنشاط تجارى بل يكفى ان ينص فى عقد تأسيسها على مباشرة نشاط تجارى ولو لم تقم به الشركة فعلاً بعد تكوينها . فالعبرة فى الشركات وفى الاشخاص الاعتبارية بوجه عام - ليست بالإحتراف الفعلى كما هو الحال فى الاشخاص الطبيعيين بل العبرة بموضوع الشركة . الذى يتحدد فى عقد تأسيسها ووفقاً لشروطه ويكفى وفقاً لقواعد عامة ان تقوم الشركة بنشاط تجارى على نحو مستمر منتظم لتعتبر شركة تجارية ولو كان عقد تأسيسها ينص على قيامها بمثل هذا النشاط ، وذلك لان الممارسة الفعلية تحقق فى هذه الحالة فلا يمكن اغفالها . اما اذا قامت شركة مدنية بعمل تجارى مفرد او باعمال تجارية متفرقة لا تعتبر من قبيل النشاط المستمر المنظم ، فانها لا تكتسب وصف التاجر وان كانت تخضع لاحكام العمل التجارى فيما يخص هذه الاعمال ، بينما تخضع الاعمال الاخرى للقانون المدنى وفقاً للقواعد العامة ..

وللتفرقة بين الشركة التجارية والشركة المدنية اهمية بالغة ذلك ان الشركة التى تقوم بنشاط تجارى بصفة مستمرة منتظمة ولو كان عقد تكوينها لا يشمل هذا النشاط تعتبر شركة تجارية وتكتسب صفة التاجر نتيجة لذلك وتخضع لالتزامات التجار كالامساك بالدفاتر التجارية والقيود فى السجل التجارى كما ان الشركة التجارية هى التى يمكن شهر افلاسها اذا توقفت عن دفع دين تجارى ، وباعتبارها تاجرا تعتبر بعض الاعمال المدنية التى ترتبط بممارسة نشاطها التجارى اعمالا تجارية وفقا لفكرة التبعية وتخضع الشركة التجارية لضريبة الارباح التجارية والصناعية وفى كل ذلك تختلف الشركة التجارية على الشركة المدنية كما يختلف التاجر عن غير التاجر .^(١)

وقد تتخذ الشركات المدنية احد الاشكال الخاصة بالشركات التجارية فالحكم القانونى بالنسبة لهذا النوع من الشركات ؟ .

ولم يعد الامر فى هذه الصورة يثير صعوبة القانون الفرنسى بعد صدور تشريع الشركات الجديد ولا بالنسبة للتشريعات التى نحت منحاه اذا اعتبرها هذه الشركات جميعا شركات تجارية وتخضع لجميع احكام الشركات التجارية من جميع الوجوه الشكلية والموضوعية . ولهذا الحكم مزاياه من حيث استقرار المعاملات ومن حيث وضوح الحكم القانونى الواجب التطبيق ..

اما فى النظام السعودى فالقاعدة أنّ العبرة بطبيعة نشاط الشركة ، ولذا فالشركة المدنية التى تتخذ احد الاشكال السابقة لا تكتسب وصف التاجر ولا تخضع لالتزامات التجار ولا يجوز اشهار افلاسها ولا تخضع بوجه عام لقواعد القانون التجارى ، ومع ذلك فان اتخاذ الشكل التجارى للشركة المدنية يترتب عليه اثر جوهري بدلالته على ان ادارة الشركات قد اتجهت الى تطبيق احكام القانون الخاص بالشكل المختار .

وتنص المادة (٢) من نظام الشركات صراحة على ان احكام النظام تسرى على جميع اشكال الشركات التى تنظمها احكامها وهى ثمانية وذلك دون

(١) انظر اكم الحولى الموجز ج ١ ص ١٦٥ وما بعدها .

تقيد بطبيعة نشاط الشركة اى ولو كان هذا النشاط من طبيعة مدنية . وعلى ذلك تخضع الشركة المدنية التى تتخذ واحدا من هذه الاشكال لجميع احكام نظام الشركات الخاصة بهذا الشكل ، فهى تخضع لاحكام الاشهار الواردة فيه وكذلك يكون الشركاء فى شركات التضامن المدنية مسئولين عن ديون الشركة بالتضامن وان كانوا لا يكتسبون صفة التاجر اذ الاصل فى الشركات المدنية هو ان يسأل الشركاء فى كل اموالهم عن ديون الشركة .

المبحث الرابع : شركات الأشخاص وشركات الأموال

وقد حدد نظام الشركات السعودى الاشكال القانونية التى يمكن ان تتخذها الشركات تحديدا ورد على سبيل الحصر ، فلا يجوز انشاء شركة فى شكل اخر ولم يرد به النص وقد تكون مثل هذه الشركة باطلة ويكون من تعاقدا باسمها مسئولين شخصيا وبالتضامن عن الالتزامات الناشئة عن هذا التعاقد (مادة ٢)

وتنقسم الشركات الى نوعين كبيرين : شركات اشخاص او شركات الحصص وشركات اموال ، اما شركات الاشخاص وفقا للنظام السعودى فهى بوجه عام شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة المحاصة ، اما شركات الاموال فابرز صورها شركة المساهمة اما شركة التوصية بالاسهم والشركة ذات المسئولية المحدودة والشركة ذات رأس المال القابل للتغيير والشركة التعاونية فتختلف احكامها ، ويطلق عادة على النوع الاول من الشركات شركات الاشخاص لان الاعتبار الشخصى يحتل المقام الاول فى هذه الشركات اذ هى تتكون من عدد قليل من الاشخاص المتعارفين وازاء أهمية الاعتبار الشخصى فى هذه الشركات تنحل الشركة فى الاصل بوفاة احد الشركاء او بفقد أهليته او بانسحابه من الشركة وذلك مالم يتضمن العقد الاتفاق على غير ذلك ، والمثال البارز أو الصورة المثل لشركات الاشخاص شركة التضامن التى تضم شركاء متضامنين يسألون جميعا عن ديون الشركة

مسئولية تضامنية في كل اموالهم . وهذه الشركات قريبة الشبه بالشركات المدنية وان كانت لا تتطابق تماما مع احكامها ، كذلك تعتبر من شركات الاشخاص شركات التوصية البسيطة التي تضم نوعين من الشركاء شركاء متضامنون لا يختلف حكمهم عن حكم الشركاء المتضامين في شركات التضامن ، وشركاء تتحدد مسئوليتهم بقيمة حصصهم دون ان تتجاوزها ، ونتيجة لتجديد مسؤولية هؤلاء الشركاء فانهم يحرمون من ادارة الشركة فان شاركوا في الادارة شملت مسئوليتهم كل اموالهم واعتبروا شركاء متضامين ويعتبر كذلك من شركات الاشخاص شركة المحاصة وهي شركة خفية لا تقوم الا بين الشركاء ولا يكون لها رأس مال ولا أسهم ولا تتمتع بالشخصية المعنوية او الاعتبارية .

اما شركات الاموال التي تقوم اساسا وبحسب الاصل على جميع الاموال وحشد المدخرات للقيام بالمشروعات الكبيرة ولا يقوم فيها الاعتبار الشخصي بالدور الذي يقوم به في شركات الاشخاص ، بل يتقدم الاعتبار المالى الى المرتبة الاولى ، فابرز مثال لها شركة المساهمة .

وشركة المساهمة بقسم رأسها : اسهم متساوية القيمة وتكون قيمة السهم صغيرة في متناول جمهور المكتتبين ولا تتعدى مسؤولية المساهم قيمة اسهمه في الشركة .

ويجوز في شركات الاسهم ان تتداول الاسهم بالطرق التجارية ، وهي التنازل في دفتر الشركة عن الاسهم الاسمية ومجرد التسليم في الاسهم لحاملها . وكذلك لا يؤثر في الشركة موت احد المساهمين او فقد أهليته او افلاسه لان هذه الامور جميعا لا تمس في شئ ذمة الشركة ولا ضمان دائئبها الذين لا يعتمدون على الذم الشخصية للشركاء بل يتعلق ضمانهم بذمة الشركة واموالها ، ويذهب البعض الى ان هناك نوعا ثالثا من الشركات يتوسط بين شركات الاشخاص وشركات الاموال ويأخذ من خصائص كل من النوعين بنصيب من ثم تكون له طبيعة مختلطة تنتج من اجماع الاعتبارين الشخصي والمالى فيه الامر الذى يفردا بطبيعة خاصة ، والمثال البارز والصورة المثلى للشركات المختلطة شركات

التوصية بالاسهم ولا تختلف هذه الشركات فيما يتعلق بالاسهم عن الاسهم في شركات المساهمة .

اما الشريك او الشركاء المتضامنون في هذه الشركات فيسرى عليهم ما يسرى على الشركاء المتضامين في شركات التوصية البسيطة ، ومن ثم فهم يكتسبون صفة التاجر ويسألون في كل اموالهم وتتحصر فيهم ادارة الشركة . وتعتبر شركات التوصية بالاسهم مثالا واضحا لاجتماع العنصر الشخصي والمسئولية المطلقة من جهة والعنصر المالى المسئولية المحدودة من جهة اخرى . وتخضع هذه الشركات بوجه عام للاحكام المقرره بشأن شركات المساهمة فيما عدا ما يفرضها به النظام من احكام خاصة - ولذا فهى تلحق بشركات الاموال . ويعتبر كذلك من الشركات ذات الطبيعة المختلطة الشركة ذات المسئولية المحدودة ولا يجوز ان يزيد عدد الشركاء في هذه الشركة عن الخمسين ، وتكون مسئولية كل شريك محدودة بقيمة حصته وتزيد هذه الشركة شركات الاموال من حيث نظام ادارتها ومن حيث تحديد المسئولية فيها بالنسبة لجميع الشركاء - ولكنها تختلف عن هذه الشركات في ان حصة الشريك فيها ليست قابلة للتداول بالطرق التجارية بل يخضع تداولها لقيود معينة ، وهذا بالاضافة الى ان النظام يحرم عليها ان تلجأ الى الادخار العام بطرح الاكتتاب في اسهم او سندات ..

ويلحق الفقه هذه الشركات كذلك شركات الاموال نظرا لتحديد مسئولية جميع الشركاء فيها بقيمة حصصهم فضلا عن انها لا تنقضى بطرق الانقضاء الخاصة بشركات الاشخاص ومن ثم فهى اقرب بوجه عام الى شركات الاموال .



الفصل الثاني

تكوين الشركة

المبحث الأول : الأركان العامة

يخضع عقد الشركة بحسب الأصل للقواعد الخاصة بالاركان العامة في العقود بوجه عام فيشترط توافر الرضا الصحيح الصادر عن اشخاص يتمتعون بالأهلية ، كما يشترط توافر ركني المحل والسبب على نحو لا يتنافى مع الاحكام والقواعد العامة في هذا الشأن . فيجب بادية ذى بدء لصحة العقد ان يقوم الرضا وان يكون خاليا من العيوب . ولذلك يجوز لمن وقع في غلط ان يطالب بابطال العقد متى كان الغلط جوهريا . ويتحقق ذلك اذا وقع الغلط على طبيعة الشركة . كشركة تضامن بدلا من شركة مساهمة مثلا ، او على شخصية الشركاء متى كانت محل اعتبار كما هو الحال في شركات الاشخاص بوجه عام اذ تقوم هذه الشركات كما ذكرنا على الاعتبار الشخصي .

ويجوز ابطال العقد كذلك للتدليس او للاكراه وفقا لقواعد عامة . ويجب ان يكون الشريك اهلا للتعاقد كما ذكرنا والاجاز له ان يطلب ابطال العقد بالنسبة له وتقضى القواعد العامة ان الأهلية اللازمة لابرام عقد الشركة هي اهلية التصرف والالتزام وأهلية التصرفات المتعددة بين النفع والضرر ، ولما كان الشريك المتضامن في شركات التضامن والتوصية يكتسب صفة التاجر بمجرد دخوله في الشركة ، فيجب ان تتوافر لهذا الشريك اهلية الاتجار حتى تكتمل لديه اهلية الانضمام لهذا النوع من الشركات بهذه الصفة .

ويجوز وفقا لاحكام الشريعة الاسلامية ان تقوم الشركة بين زوجين لان

الزواج لا يعد في الشريعة الاسلامية سببا لنقص الاهلية ، اما في فرنسا وفي بعض البلاد الاخرى فقد ثبت القضاء على بطلان الشركة بين الزوجين على اساس ان الزوج رئيس العائلة وان ذلك يتنافى مع المساواة الواجبة بين الشركاء ، ويرتد حكم بطلان الشركة بين الزوجين في فرنسا الى قاعدة عرفية قديمة - اتجه المشرع الفرنسي الحديث الى ابطالها وتصحيح الشركة بين الزوجين .

واستكمالا لاركان عقد الشركة يجب ان يكون محل عقد الشركة ممكنا ومشروعا ومحل الشركة هو الاستغلال المالى المشترك الذى يتضمنه العقد ليقوم الشركاء ولذلك تبطل الشركة بطلانا مطلقا اذا كان محلها او موضوعها الاتجار بالمخدرات او بالرقيق او غير ذلك من صور الاستغلال المخالفة للاداب العامة او للنظام العام .

وكذلك لا يكتمل عقد شركة بغير ركن السبب ويرى البعض ان السبب هو الرغبة في تحقيق واقتسام الارباح وعلى هذا يختلط السبب بالمحل لان السبب المشترك لدى جميع الشركاء هو القيام باستغلال اقتصادى معين ، ويرى اخرون ان السبب لا يختلط بالمحل وانه يظل دائما رغبة كل شريك في الحصول على الربح ولذلك يكون السبب مشروعا في جميع الاحوال ^(١)

المبحث الثانى : الأركان الموضوعية الخاصة لعقد الشركة

المطلب الأول

تعدد الشركاء

بالاضافة الى الاركان العامة التى ينبغى توافرها في عقد الشركة كغيره من العقود الاخرى فانه ينبغى ان يتوافر في عقد الشركة اركان موضوعية خاصة

(١) انظر مصطفى كمال طه مبادئ القانون التجارى رقم ٦٨ او انظر على يونس : الشركات رقم ٢٩ وانظر على جمال الدين : الشركات التجارية رقم ١٥ وانظر السنهورى الوسيط ج ٥ رقم ١٦١ .

تخلع على العقد المذكور طابعه وذاتيته الخاصة وهذه الالكان الموضوعية الخاصة
هى ركن تعدد الشركاء وركن تقديم الحصص فى رأس مال الشركة وركن فيه نية
المشاركة واقتسام الربح والخسارة ..

وسنعرض فيما يلى دراسة هذه الالكان :-

يعتبر ركن تعدد الشركاء ابرز ما يملية مضمون عقد الشركة وتتضح اهمية
هذا الركن من تعريف النظام لعقد الشركة فى المادة (١) منه بانها « عقد يلتزم
بمقتضاه شخصان او اكثر بان يساهم كل منهم فى مشروع يستهدف الربح
بتقديم حصة من مال او عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح
او من خسارة » .

وتأسيسا على ما يتضمنه هذا التعريف يجب لصحة عقد الشركة بجميع
انواعها ان يكون هناك شريكان على الاقل ويحتم النظام ان يكون هناك خمسة
مؤسسين لشركة المساهمة ^(١) .. (ماده ٥٢ من النظام) ولكن لم يضع النظام
حدا اقصى لعدد الشركاء فى اى نوع من الشركات وذلك باستثناء شركة واحدة
هى الشركة ذات المسئولية المحدودة التى لا يجوز وفقا للمادة (١٥٧) من
النظام ان يزيد عدد الشركاء فيها عن الخمسين شريكا ..

ويبين من مجمل ما تقدم ان ركن تعدد الشركاء اساسى لارتباطه بفكرة
العقد فى الشركة ولا يسمح بقيام الشركة كشخص معنوى اذا لم يتعدد
الشركاء . وعلى العكس من ذلك تأخذ بعض التشريعات كالقانون الانجليزى
والقانون الالمانى بجواز قيام شركة الرجل الواحد ..

وقد يرد على هذه القاعدة العامة فى القانون السعودى استثناء واحد يتعلق
بجواز تملك الدولة ملكية كاملة لشركة ما .

(١) يشترط القانون المصرى وجود سبعة شركاء مؤسسين (انظر المادة ٣٠) من قانون الشركات
المصرى .

المطلب الثاني

تقديم الحصص

لا تقوم الشركة بغير اسهام الشركاء كل بحصة يقدمها ويجب ان يكون للحصة قيمة مالية تمثل مساهمته في بناء الشركة وتبرر حصوله على نصيب من أرباحها ، واذا لم تكن هناك حصص مقدمة وموضوعة تحت تصرف الشركة سقطت عن العقد صفة الشركة اصلا لتخلف احد اركانها الاساسية وهو ركن تقديم الحصص ، وقد نصت المادة الاولى من النظام على ان الحصة تكون « من مال او من عمل » ويجوز ان يكون المال نقودا او اعيانا ذات قيمة مالية . واذا كان النظام يميز ان تكون الحصة عملا يقدمه الشريك فالراجح انه لا يجوز ان يقدم الشركاء جميعا حصصا بالعمل بل يجب ان يقدم احد الشركاء على الاقل حصة من مال وذلك حتى تكون في ذمة الشركة قيمة مالية معينة يمكن ان يعتمد عليها الدائنون كضمان لهم ، ويفهم هذا من تفسير نصي للمادة (٣) من النظام التي تحدد كيفية تكوين رأس مال الشركة انه يجب ان يكون لكل شركة رأس مال ولا تنصرف عبارة رأس المال عادة الى العمل .

والحصة النقدية هي الصورة الغالبة بوجه عام اذ يؤدي الشريك في هذه الحالة مبلغا من الحصة النقدية (النقود) ويخضع التزام الشريك باداء الحصة النقدية لجميع الاحكام الخاصة بالالتزام باداء مبلغ من النقود للقواعد العامة في هذا الخصوص .

وتطبيقا للقواعد العامة تتضمن المادة (٥) من النظام قاعدة مقررة لمصلحة الشركة هي ان التعويض عن التأخير في اداء الحصة يسرى من تاريخ استحقاق الحصة اى بمجرد التأخر في ادائها . وقد نظر القانون في تقرير هذا الحكم الى حاجة الشركة الى المال لتمكن من بدء عملها والسير فيها . ويؤدي عدم تنفيذ هذا الحكم الى تحقق ضرر بالشركة يلتزم من تسبب فيه بتعويضه .

واذا كان الوضع الغالب ان تكون الحصة نقدية فانه يجوز مع ذلك ان تكون

مالا عينيا له قيمة مالية ولا فرق بين ان يكون عقارا او منقولا ماديا ايا كان نوعه ام منقولا معنويا كمتجر او براءة اختراع او علامة تجارية او رسم . او نموذج صناعي او حق من حقوق الملكية الادبية او الفنية ، ولا فرق من الناحية القانونية بين هذه الاموال اذ يجوز ان يقدم اى منها كحصة .

ولا يحظر النظام ان تكون الحصة حقا للشريك قبل الغير ، وفي ذلك تقضى المادة (٣/٤) من النظام ان الشريك يضمن استيفاء هذا الحق ولا ينقض التزامه امام الشركة الا بتمام الوفاء بهذا الحق . واذا لم يتحقق الوفاء التزم الشريك ايضا بتعويض ما يصيب الشركة من ضرر من جراء عدم الوفاء وفقا للقواعد العامة .

ومن الجدير بالذكر ان الحصة العينية لا تقوم دائما على اساس واحد . فهي قد تكون مقدمة على سبيل التملك وقد تكون مقدمة على اساس الانتفاع فهي في كلتا الحالتين ذات قيمة مالية وهذا ما يكفى لاستيفائها شرائط الحصة .. وقد سبق لنا ان ذكرنا ان الحصة قد تكون عملا يقدمه الشريك للشركة كالخبرة الفنية او الخبرة في عمليات البيع والشراء فقد تكون الحصة عمل مهندس في تصنيع شيء معين او في تسويقه ويكفى الا تكون الحصة عملا تافها سوريا ..

وتنص المادة (٣) من النظام على انه لا يجوز ان تقتصر حصة الشريك على ما يكون له من سمعة او نفوذ فلا يجوز ان تتكون الحصة من نفوذ سياسى او اجماعى او سمعة تجارية رنانة والا كان إستغلالاً للنفوذ وللسمعة على نحو غير مشروع بل يجب ان يكون هناك عمل حقيقى وجدى غير صورى يقوم به الشريك ^(١) .

وتجيز بعض التشريعات كالقانون اللبنانى ان تكون حصة الشريك هى الثقة التجارية التى يتمتع بها (ماده ٨٥٠ موجبات وعقود) .

(١) انظر د . ثروت عبد الرحيم المرجع السابق والمراجع التى اشار اليها رقم ٢٧٤ وما بعدها .

والوضع الغالب ان يتم تقييم حصص الشركاء بما في ذلك حصة العمل عند ابرام العقد وتحدد قيمة الحصة نسبة ما يحصل عليه الشريك من الارباح . اما اذا لم يقدر نصيب الشريك بالعمل في الربح او الخسارة فان من حقه ان يطلب تقويم عمله ويكون هنا التقويم اساسا لتحديد حصته في الربح او في الخسارة (مادة ٣ / ٩ من النظام) .

ولا يجوز للشريك الذي تكون حصته حصة عمل ان يقوم بنفس العمل لحسابه الخاص والا اضر بمصالح الشركة والتزم بالتعويض . ويجوز النظام ان يقدم شريك واحد حصة نقدية أو عينية وحصة بالعمل . وفي هذه الحالة التي تكون فيها الحصة مختلطة يكون لهذا الشريك نصيب في الربح والخسارة عن حصة العمل ونصيب اخر فيها عن حصته النقدية او العينية (مادة ٣ / ٩) .

وبعد التزام الشريك بالعمل في هذا الشأن الزاما مستمرا ينفذ يوما بيوم فتقع عليه تبعة هلاك الحصة ، بحيث اذا طرأ عليه ما جعله عاجزا عن العمل نهائيا لمرض او عاهة فانه يعتبر متخلفا عن اداء حصته فتفسخ الشركة بالنسبة له ولا يشارك بعد ذلك في الارباح^(١) .

واذا صفيت الشركة استرد الشريك بالعمل حصته اى اصبح حرا في وقته وعمله وانتهى التزامه المستمر تجاه الشركة ، ويشارك الشريك بالعمل كغيره من الشركاء في اقتسام الفائض الباقي بعد تصفية الشركة فقد اسهمت حصته بمثل ذلك في تحقيق هذا الفائض .

ويتكون رأس مال الشركة من مجموع الحصص النقدية والعينية (مادة ٢ / ٢) ولا يعلم ان يكون رأس المال ذا قيمة حسابية هي مجموع قيم هذه الحصص عند انشاء الشركة فهو لا يتمثل في اموال معينة بالذات من ممتلكات

(١) انظر اكم الخولى المرجع السابق رقم ٣٧٤ وثروت عبد الرحيم المرجع السابق رقم ٢٧٤ وانظر كذلك نقض مدني فرنسي في ٩ فبراير ١٩٥٥ م .

الشركة وعندما تبدأ الشركة نشاطها تكتسب عادة الحقوق وتحمل الالتزامات وتحقق الأرباح أو الخسائر وتشتري وتبيع ويصبح رأس المال عاجزا عن تصوير حقيقة مركز الشركة ، ويتحدد هذا المركز كما يتحدد الضمان الحقيقي للدائنين بموجودات الشركة وفي هذا الخصوص يجب ان نفرق بين الموجودات الاجمالية وهي مجموع القيم الايجابية في ذمة الشركة والموجودات الصافية وهي تمثل قيمة الموجودات الاجمالية بعد خصم قيمة ديون الشركة منها .

وتظهر اهمية رأس مال الشركة في انه يمثل فكرة رقمية تصلح أساساً للمقارنة والحكم على كيفية سير الشركة من حيث الكسب او الخسارة بالنسبة للنقطة التي بدأت عندها الشركة اعمالها ويكون لدائني الشركة الحق دائما في ان يمنعوا الشركاء من استرداد واقتسام رأس المال ، اى أن يكون لهم الحق في ان يحتفظ لهم الشركاء دائما بموجودات لا تقل قيمتها عن قيمة رأس المال الذى بدأت به الشركة . فاذا كان للشركاء ان يقتصموا الارباح التى تحققها الشركة سنويا ، فليس لهم ان يمسوا رأس المال ، اى انه لا يجوز ان يترتب على توزيع الارباح ان تقل قيمة موجودات الشركة عن قيمة رأس المال ، ويعرف هذا المبدأ بثبات رأس المال وعدم جواز المساس به . وتستند هذه القاعدة الى ان موجودات الشركة هي الضمان الحقيقي لدائنيها . ففى شركات الاموال لا يكون للدائنين اى ضمان اخر ، وفى شركات الاشخاص تظهر اهمية هذا الضمان في ان موجودات الشركة تكون مخصصة للوفاء بحقوقهم بينما يراحهم دائنوا الشركاء على اموال الشركاء الشخصية وفقا لقواعد عامة ..

وتطبيقا لما تقدم لا يجوز للشركاء توزيع ارباح من رأس المال وتعتبر مثل هذه الارباح ارباحا صورية يجوز لدائني الشركة مطالبة الشركاء برد ما قبضوه منها ولو كانوا حسنى النية وقت القبض (ماده ٨) ولا يحتاج بتخفيض رأس المال على دائني الشركة السابقين على تقريره . وكذلك يمتنع ادخال اى تعديل على رأس المال دون اتباع الاجراءات اللازمة لتعديل عقد الشركة وفقا لاحكام النظام ومالا يتعارض معها من الشروط الواردة في عقد الشركة او في نظامها

(مادة ٢/٣) . من النظام .

وقد تقرر كل هذه الاحكام لحماية مصالح دائني الشركة ..

المطلب الثالث

نية الاشتراك

لا تقوم الشركة الا باستيفائها كذلك ركن نية الاشتراك او نية اقتسام الربح والخسارة وتقوم الشركة على اتفاق الشركاء على تحمل مخاطر المشروع في سبيل تحقيق الربح وركن فيه الاشتراك ركن قصدي ارادى يجب ان يقوم في نفوس الشركاء كما يجب الا يكون في احكام العقد ما يتعارض معه او ينفيه واذا كان هذا الركن بارزا وهاما في شركات الاشخاص فهو ضروري في جميع الشركات .

ويتجه التصوير الحديث الى ان نية الاشتراك لا تعنى سوى الرغبة في الاتجاه وتحمل مخاطر مشتركة ، فالرغبة في اقتسام الربح والخسارة وتحمل مخاطر المشروع الاساسية لقيام الشركة ولكنها لا تقتضى حتما قيام التعاون الايجابي على قدم المساواة بين الشركاء ولا تعنى بالضرورة تساوى حصصهم ..

وتبرز اهمية ركن نية الاشتراك من ناحيتين ، اولها ان هذا الركن يشخص عقد الشركة ويصلح اساسا للفرقة بينه وبين غيره من العقود الاخرى التى قد تشبهه او تختلط به ، وثانيها ان هذا الركن هو الذى يضع الحدود التى لا يمكن ان تتجاوزها إرادة الشركاء في صياغة احكام عقد الشركة او تتعدى نطاقها ، وتظهر اهمية ركن نية الاشتراك واقتسام الارباح والخسائر بوجه خاص في التمييز بين عقد الشركة وغيره من الاوضاع القانونية التى قد تشبهه او تختلط به ، ومن ذلك ان هناك فوارق كثيرة في الطبيعة والاحكام بين الشركة والشيوع ، ولكن يظل قيام نية الاشتراك في الشركة وتخلفها في الشيوع هو اساس التفرقة بينهما .
والغالب ان يكون الشيوع حالة مفروضة غير اختيارية يخضع لها الشركاء على الشيوع بينما تظل الشركة دائما مركزا اراديا قوامه وركنه نية الاشتراك .

واذا كان الشيوع اختياريا فانه يتميز عن الشركة من حيث انه ينطوى على اية رغبة في الاتحاد وقبول المخاطر المشتركة الذى يعبر عن نية الاشتراك ويشخص الشركة ..

وكذلك تسمح نية الاشتراك ايضا بالتفرقة بين عقد الشركة وعقد القرض مع الاشتراك فى الارباح اذ لا تتوفر لدى المقرض نية الاشتراك ولا يساهم فى الخسائر اما اذا قامت لدى مقدم المال نية الاشتراك وقبول المخاطر بان شارك فى المشروع مشاركة ايجابية وساهم فى ادارته والرقابة عليه ، فانه يعتبر شريكا لتوفر ركن نية الاشتراك وقبول تحمل مخاطر المشروع ..

وتبرز أهمية ركن نية الاشتراك فى رسم الحدود التى لا يصح ان يتجاوزها او تتعدى نطاقها ارادات الشركاء فى عقد الشركة . فهناك شروط قد ترد فى العقد ولكنها لا تتفق ومقتضى نية الاشتراك ومن يش تبطل هذه الشروط ولكن يبقى عقد الشركة صحيحا (المادة ٨ / ١) هذا الحكم فى رأينا افضل وادنى الى استقرار المراكز القانونية مما تقتضى به المادة (١) مدنى مصرى من بطلان الشركة كلها فى هذه الحالة . ويعرف هذا الشرط الباطل بشرط الاسد ويظهر هذا الشرط فى احدى صورتين :

الصورة الاولى : حرمان احد الشركاء من الربح :

يعتبر حرمان احد الشركاء او بعضهم من الربح او اختصاص احد الشركاء وحده بكل الربح او اختصاص احد الشركاء بنصيب ضئيل شرطا باطلا لمنافاته ركن نية الاشتراك ليكون ستارا لحرمان وبالعكس لا يبطل الشرط الذى يقضى بتوزيع الارباح بين الشركاء بنسبة تختلف عن نسبة حصصهم فى رأس المال ولا الاتفاق الذى يعلق استحقاق الارباح على شرط كبلوغ الارباح قدرا معينا او يقضى بفقدان الشريك لحقه فى الربح كشرط جزائى فى حالات معينة او اذا ارتكب اخطاء معينة .

الصورة الثانية : - اعفاء احد الشركاء من الخسارة : -

يقع باطلا كذلك كل شرط يتضمن اعفاء احد الشركاء من كل مساهمة فى

الخسارة ولو كان الشرط لاحقاً لانعقاد العقد . فلا يجوز الاتفاق على ان يسترد احد الشركاء حصته سالمة من كلّ خسارة او الاتفاق على ان ينال مقدم الحصة بالانتفاع مقابل هذه الحصة أياً كانت خسائر الشركة .

وقد اشارت المادة الى استثناء حالة تقرير اجر عن عمل الشريك من الحكم السابق اما حيث لا ينال الشريك بالعمل اجرا ، فانه يجوز الاتفاق على اعفائه من الخسائر . هذا الاستثناء ظاهري لان هذا الشريك يخسر عمله الذي ضاع عليه وادى للشركة دون مقابل وبهذا يكون اسهامه في الخسارة قد تحقق بالفعل .

ويجوز على اى حال الاتفاق على تحديد المساهمة في الخسائر بقيمة الحصة ، او الاتفاق على تأمين احد الشركاء ضد الخسائر الناشئة عن أسباب معينة ، او تقرير الحق للشريك في طلب حل الشركة اذا لم تبلغ الارباح حدا معيناً . فهذه الشروط جميعاً لا تتعارض مع ركن نية الاشتراك . وكذلك يجوز الاتفاق على ان يساهم الشريك في الخسائر بنسبة اقل من مساهمته في الارباح طالما يبين من العقد توافر ركن نية الاشتراك .

ولما كان البطلان يقتصر على شرط الاسد ولا يمتد الى الشركة التى تبقى صحيحة فان توزيع الارباح والخسائر بين الشركاء يتم طبقاً لقواعد التوزيع الذى نص عليه النظام والذى يعمل به فى حالة عدم الاتفاق على شىء فى هذا الشأن ، وذلك وفقاً للمادتين (٧) ، (٩) من النظام واذا لم يتفق الشركاء على كيفية توزيع الارباح والخسائر ، فان التوزيع يتم بنسبة الحصص فى رأس المال (مادة ١/٩) واذا اقتصر العقد على تعيين نصيب الشركاء فى الربح وجب اعتبار هذا النصيب فى الخسارة ايضاً اى تحددت المساهمة فى الخسارة بنفس النسبة . وكذلك اذا اقتصر العقد على تعيين نسبة المساهمة فى الخسارة ، فان المساهمة فى الربح تكون بذات النسبة (٢/٩) .

المبحث الثالث : جزاء تخلف شروط الشركة وأركانها

المطلب الأول

انواع الجزاءات المترتبة على مخالفة شروط الشركة واركانها

يؤدى تخلف اى شرط من الشروط الموضوعة السابقة اللازمة لقيام الشركة او احد اركانها الى بطلان عقد الشركة وذلك وفقا للقواعد العامة . ولكن الطبيعة الخاصة لعقد الشركة تفرض بعض التحوير على احكام القواعد العامة التى لا تطبق تطبيقا كاملا فى حال بطلان العقد المذكور .

وقد يؤدى تخلف بعض هذه الشروط الى البطلان النسبى او الى البطلان المطلق . ويترتب البطلان النسبى طبقا للقواعد العامة فى حالات نقص الاهلية او عيب الرضا ، ولا يجوز التمسك به الا للشريك الذى يقوم به سبب البطلان او ذلك الذى شرع البطلان لمصلحته ، ويكون له ان يسترد حصته كاملة ولا يتحمل شيئا من الخسائر ولا ينال نصيبا من الارباح .

واذا تقرر البطلان فان اثره ينعكس على عقد الشركة بالنسبة لبقية الشركاء اذا كانت الشركة قائمة على الاعتبار الشخصى اذ تدخل الشركة ، اما فى شركات الاموال ، فان اسهم الشريك الذى بطل العقد بالنسبة له تباع الى الغير ولا تتأثر الشركة وتظل قائمة قانونا .

ويبطل عقد الشركة بطلانا مطلقا اذا فقدت احد اركانها ، فاذا انهار ركن الرضا او كان محلها غير مشروع يبطل العقد بطلانا مطلقا ويجوز لكل ذى مصلحة فى هذه الحالة ان يتمسك بهذا البطلان كما يجوز ان تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها وفقا للقواعد العامة ويجوز بناء على ذلك لكل شريك ان يتمسك به قبل الشركاء الاخرين .

وقد ثار التساؤل عما اذا كان للشركاء أن يتمسكوا فى مواجهة الغير حسن

النية بالبطلان لعدم المشروعية . والرأى الراجع انه لا يجوز الاحتجاج على الغير بالبطلان لعدم المشروعية اذا كان الغير لا يعلم بعدم المشروعية وكان العقد الذى تم بينه وبين الشركة يقوم على سبب مشروع واستكمل اركانه وشرائطه الاخرى .

اما بالنسبة للشروط الشكلية اللازمة للاحتجاج بالشركة على الغير فان جزءا تخلفها هو عدم جواز الاحتجاج بالشركة على الغير ومثال ذلك شرط الكتابة الذى اشترطه النظام فى عقد الشركة (م ١٠) وكذلك شرط اشهار الشركة (ماده ١) ففى الحالتين يسال مديرو الشركة او اعضاء مجلس ادارتها بالتضامن عن تعويض الضرر الذى يصيب الشركة والشركاء او الغير بسبب عدم الكتابة او عدم الشهر (المادتان ١٠ ، ١١) وعلى ذلك فان البطلان لا يترتب على مخالفة شرطى الكتابة والشهر ولا يجوز التمسك بالجزء الذى يرتبه القانون فى الروابط بين الشركاء بل يقتصر الحق فى التمسك به على الغير اذ شرع هذا الجزء لحماية للغير لا للشركاء .

المطلب الثانى

بطلان عقد الشركة ونظرية الوجود الفعلى

تقضى القواعد العامة بان البطلان يرتد اثره الى الماضى ليقضى على كيان العقد فيه ، ولو طبقت هذه القواعد على بطلان الشركة دون تعديل او تحوير ، لادى تطبيقها الى تصدع مراكز مستقرة واهدار لحقوق الغير الى نتائج غير عادلة ومخالفة لطبائع الاشياء فالشركة شخص معنوى عاش بالفعل طيلة الفترة السابقة على تقرر البطلان ودخل فى معاملات مع الغير اکتسب فيها حقوقا وتحمل التزامات وحقق ارباحا او منى بخسائر ، ومن الواضح انه لا يمكن فى جميع الصور ان تصفى هذه الاثار التى تحققت فعلا على اساس فكرة الاثر الرجعى للبطلان ولذلك اقام القضاء نظرية الشركة الفعلية او شركات الواقع

ليقتصر اثار البطلان على المستقبل وحده دون الماضي بحيث يحترم وجود الشركة الفعلى الذى قام قبل ان يتقرر البطلان وذلك حماية للمظهر الذى اطمأن اليه الغير وتحقيقا لاستقرار المراكز القانونية وحماية لحقوق الغير ، وقد اقام القضاء هذه النظرية على اساس ان عقد الشركة من العقود الزمنية^(١) ، ومن ثم فلا يمتد الى البطلان الا فى المستقبل ، ولكن الفقه لا يتفق على مضمون النظرية وهناك عدة اتجاهات فى هذا الخصوص ويذهب الاتجاه الراجح الى القول بالغاء فكرة البطلان ذاتها ، والقول بان الشركة الفعلية تنحل وتصفى ، وعلى ذلك يذهب هذا الاتجاه يصل الى الحد الذى يستبدل بفكرة البطلان فكرة الانحلال والتصفية ولكن هناك اتجاها اخر يرى اننا يجب ان نحتفظ بجوهر فكرة البطلان مع التخفيف من اطلاق آثاره فى حدود معينة لا تصل الى تحويل هذا البطلان الى مجرد انحلال وتصفية .

هذا ومن الجدير بالذكر انه ليس هناك تعاقد تام على حدود النظرية ورسم الاطار الذى تعمل فيه ، غير انه من المتفق عليه ان هذه النظرية لا تعمل - بل ولا تبدو فائدتها اذا كانت الشركة لم تقم قبل تقرر بطلانها باى نشاط ، ففى الفرض تنتفى كل صعوبة ولا يكون هناك ضرر من تطبيق القواعد التقليدية فى نظرية البطلان ولا يكون ثمة مبرر لتحويل تلك القواعد ..

كذلك فمن المتفق عليه ايضا انه يجب لتطبيق النظرية ان تتوافر العناصر الاساسية اللازمة للشركة . اما اذا انتفى عنصر نية الاشتراك او لم تكن هناك حصص اصلا ، فليست هناك شركة لا قانونا ولا فعلا ومن ثم لا يمكن ان يتم البحث فى شأن وجود او عدم وجود شركة فعلية .

(١) انظر السهورى ج ١ ورقم ٦٦ وانظر محسن شفيق الوسيط ج ١ رقم ٣٠٨ وانظر كذلك حكم محكمة النقض المصرية فى ١٨/١١/١٩٥٢ المحاماة ٣٤ - ١٢٦٠ وانظر بشأن مختلف الآراء التى قيلت بشأن الشركة الفعلية سميح الشرقاوى الشركات رقم ٦٢ ومن صالح ج ١ رقم ٢١٨ واكتم خولى الموجز ج ١ رقم ٣٨٥ .

بالإضافة الى ما تقدم يتجه الرأى كذلك الى استبعاد تطبيق النظرية في حالة البطلان لعدم الشرعية لان تطبيقها في هذا الغرض ينطوى على الاعتراف بالغرض غير المشروع فضلا عما سبقت الاشارة اليه من ان هذه النظرية لا تعمل في القانون السعودى في حالة عدم كتابة الشركة او عدم شهرها لان الجزاء يقتصر في هاتين الحالتين على عدم جواز الاحتجاج بالشركة على الغير كما سبق ان ذكرنا .

ولكن يغفل بنظرية الوجود الفعلى في حالات البطلان النسبى في شركات الاشخاص وذلك بالنسبة لبقية الشركاء الذين لم يقدّم لهم سبب البطلان وكذلك تعمل هذه النظرية اذا تخلفت بعض الشروط الخاصة التى يتطلبها القانون في بعض الشركات كالشروط الخاصة بعدد الشركاء ومقدار راس المال وغيرها والتى لا تعتبر من الاركان الاساسية كركن التعدد وركن تقديم الحصص وركن نية الاشتراك .

وإذا كان تطبيق القواعد العامة في البطلان يؤدى الى استرداد كل شريك حصته بالكامل دون ان يتحمل شيئا من الخسائر او يكتسب حقا على الارباح التى تحققت ، فان هذه القواعد تطبق دون تحوير على الشركاء الذين يبطل العقد بالنسبة لهم بطلانا نسبيا . اما بالنسبة لبقية الشركاء فان تطبيق نظرية الشركة الفعلية يؤدى الى ان يتم استرداد الحصة بعد المساهمة في الخسائر ومع المساهمة في الربح ان وجد وذلك وفقا للقواعد العامة .

وقد اختلف الرأى في شان الاساس والكيفية التى يتم وفقا لها توزيع الارباح والخسائر على الشركاء في تلك الحالة فيذهب الرأى الذى يلحق بطلان الشركة الواقعية بفكرة الانحلال الى اعمال احكام العقد الخاصة بتوزيع الارباح والخسائر ، غير انه لما كان هذا الحل يهدد قواعد البطلان تماما ويجرى حكم العقد الباطل كما لو كان صحيحا ، فقد ذهب رأى اخر الى وجوب اعمال نصوص القانون الخاصة بتوزيع الارباح والخسائر عند عدم اتفاق الشركاء ، ولكن يعيب هذا الحل بدوره ان هذه النصوص قد وضعت لتطبق على الشركات الصحيحة

بينما الفرض ان الشركة باطلة .

يرى انصار الرأى الذى لا يرى فى نظرية الشركة الفعلية الا تخفيفا لاحكام البطلان وجوب استبعاد احكام العقد ونص القانون وترك الامر للقاضى يوزع الربح والخسارة على اساس من العدالة . وطبقا لهذا الرأى يجوز ان تطبق شروط العقد ولكن على اساس انها تقرر احكاما عادلة لا بوصفها شروطا فى العقد . وبالرغم من الصعوبات التى تكتنف هذا الرأى الا انه اقرب الاراء جميعا الى منطق القانون .

ومن الجدير بالذكر انه يترتب على الوجود الفعلى للشركة خضوعها للضريبة على الارباح التجارية والصناعية .

كذلك يترتب على الوجود الفعلى للشركة نتيجة اخرى هامة تتعلق بالرابطة بين الشركاء وهو جواز قيامهم باثبات الشركة فى الماضى بكافة طرق الاثبات حتى يمكن تصفية اثار الروابط التى تنشأ قبل تقرير البطلان وبعد هذا الحكم تطبيقا للقواعد العامة .

وقد اختلف الفقهاء بشأن الاثار التى ترتبت على روابط الشركة الفعلية مع الغير فالفقهاء الذين يسوون البطلان والانحلال ينتهون الى أنّ الشركة تتمتع بالوجود الكامل فى الفترة السابقة على البطلان فتظل حقوقها والتزاماتها التى ترتبت فى هذه الفترة صحيحة وقائمة . اما بعد الحكم بالبطلان فان الشركة تدخل فى دور التصفية وتظل محتفظة بشخصيتها المستقلة حتى نهاية التصفية ومن ثم يجوز طلب اشهار افلاسها بعد الحكم ببطلانها على اساس وجودها الفعلى .

اما الفقهاء الذين يرون تطبيق قواعد البطلان مع التخفيف من اثارها فانهم لا يرتبون النتائج السابقة ولكنهم يذهبون الى انه يكون للغير ان يختار - طبقا لمصلحته بين التمسك ببقاء الشركة فى الماضى والتمسك ببطلانها باثر رجعى ويهدم هذا الوجود فى الماضى فدائن الشركة من مصلحته ان يتمسك ببقائها فى الماضى بينما تظهر مصلحة دائن الشريك فى التمسك ببطلان الشركة باثر رجعى .

ولكن يتمتع على الغير ان يجمع بين التصويرين فيختار قيام الشركة فيما ينفعه ويختار زوالها باثر رجعى فيما يفيد ، بل عليه ان يختار موقفا واحدا . اما اذا تنازع من يتمسك ببقاء الشركة في الماضي ومن يتمسك بزوالها باثر رجعى ، فانه يجب ان يتغلب جانب من يتمسك ببطلان الشركة باثر رجعى لان هذا الوضع هو الاصل وهو الحل الاقرب الى منطق البطلان والذي تلميه القواعد العامة اذا طبقت بغير تحوير .

وهناك حالات لا يؤخذ فيها بنظرية الشركة الفعلية ولكن تطبق قواعد البطلان بغير تحوير او تعديل على ماضى الشركة وحاضرها ومستقبلها وهذه الحالات هى حالات بطلان لعدم المشروعية فان البطلان يتناول ماضى الشركة كما يتناول مستقبلها فتبطل جميع المعاملات التى تمت مع الشركة فى الماضى وتعتبر كأن لم تكن وتسقط جميع الحقوق والالتزامات التى نشأت للشركة او عليها . وكذلك تصفى اثار الشركة بين الشركاء بان يسترد كل شريك حصته . واذا تصورنا ان بقيت ارباح او خسائر رغم بطلان المعاملات الماضية على استبعاد احكام العقد فى هذه الصورة وكذلك لا يتصور ان تخضع هذه الشركة الباطلة للضريبة ولا ان يشهر افلاسها لانها غير موجودة لا قانونا ولا فعلا .

الفصل الثالث

الشخصية المعنوية للشركة ونائبها

تعتبر الشركة بمجرد تكوينها شخصا معنويا مستقلا عن اشخاص الشركاء المكونين لها ، باستثناء شركة المحاصة فهى لا تكتسب الشخصية المعنوية . وعلى ذلك فلا يقتصر عقد الشركة على اثناء التزامات وحقوق فيما بين الشركاء بل ينشأ عنه شخص معنوى جديد يحيا حياته المستقلة ويتمتع بذمة خاصة به ويكون له موطن واهلية وجنسية قد تختلف تماما عن جنسية الشركاء .

ويصلق هذا الحكم على الشركات التجارية والشركات المدنية على السواء ، وتبدأ شخصية الشركة في الوجود كقاعدة عامة بمجرد تكوينها (مادة ١٣) ولو كانت شركة غير مشهورة .

غير انه لا يجوز الاحتجاج بشخصية الشركة التجارية غير المشهورة على الغير الا بعد استيفاء اجراءات الشهر (مادة ١٣) ولكن يجوز للغير ان يتمسك بشخصية الشركة ولو لم تتم هذه الاجراءات وعلى عكس القانون السعوى وضع قانون الشركات الفرنسى الجديد مبدأ عاما مقتضاه ان الشركات التجارية تتمتع بالشخصية المعنوية ابتداء من تاريخ قيدها فى السجل التجارى . وترتب على اكتساب للشخصية المعنوية تمتعها بذمة مالية مستقلة باهلية للتصرف فى حدود معينة وبان يكون لها ممثلون قانونيون وبان يكون لها موطن وجنسية .

المبحث الاول : الذمة المالية المستقلة للشركة

تعتبر الذمة المستقلة اهم نتائج الشخصية القانونية وعلى ذلك تتمتع الشركة بذمة مالية مستقلة باصولها وخصومها وتنفصل تماما عن ذمم الشركاء وترتب على ذلك النتائج الاتية :

١ - تلقى الذمة المالية للشركة حصص الشركاء وتنقل هذه الحصص من الشركاء اليها ويفقد الشركاء كل حق عينى عليها ، ولا يبقى لهم الا حق دائنه للشركة بنصيب فى الربح ان تحققت ارباح وبفائض التصفية اى بالحق فى اقتسام صافى موجودات الشركة عند تصفيتها بعد انتهائها ، ويعتبر حق الدائنية الثابت لكل شريك قبل الشركة من طبيعة منقولة ولو كانت حصة الشريك عقارا اذانه بمجرد دخولها الى ذمة الشركة تختلط باموالها الاخرى وتفقد تبعيتها للشريك .

٢ - نتيجة لخروج الحصة من ذمة الشريك لا يجوز لدائنيه ان يحجزوا عليها اذ تصبح مملوكة للشركة وذلك ما لم يكن لهم حق عينى على المال كالرهن بل

يقتصر حقهم على حصته في الربح تحت يد الشركة . فاذا صفت الشركة جاز لدائتي الشريك ان يحجزوا على الاموال التي تخرج من نصيب مدينهم في التصفية (المادة ١/٦) اما اذا كانت حصة الشريك تتخذ شكل اسهم فان لدائتيه ان يطلبوا بيع هذه الاسهم ليتقاضوا حقهم من حصيلة البيع ، ولكن لا يسرى هذا الحكم على اسهم الشركة التعاونية (مادة ٢/٦) وذلك استثناء من القواعد العامة .

ويجوز للدائنين ان يطعنوا في تقديم الحصة للشركة اذا كانت الحصة قد قدمت الى الشركة بقصد الاضرار بهم واستبعادهم من ضمانهم .

٣ - نتيجة لاستقلال ذمة الشركة عن ذمم الشركاء تمتنع المقاصة بين ديون الشركة وديون الشركاء فاذا كان شخص واحد دائئا للشريك ومدينا للشركة فليس له ان يتمسك في مواجهة الشركة بوقوع المقاصة بين دينه وحقه قبل الشريك لاستقلال ذمة الشركة عن ذمته .

ولكن يجوز لدائن الشركة ان ينفذ على اموال الشريك الخاصة اذا كان هذا الشريك متضامنا لانه يسأل في كل امواله عن ديون الشركة ولكن امتداد ضمان دائن الشركة الى اموال الشريك مع ذلك من استقلال ذمة الشركة عن ذمم الشركاء بل هو نتيجة لتضامن الشريك مع الشركة وليس نتيجة لاختلاط ذمته بذمة الشركة .

المبحث الثاني : أهلية الشركة

يترتب على تمتع الشركة بالشخصية المعنوية ان يكون لها وفقا للقواعد العامة أهلية في حدود الغرض الذي وجدت من اجله ، ويتكفل عقد الشركة ونظامها برسم حدود هذه الاهلية من حيث غرض الشركة ولا يكون للشركة ان تتجاوز هذا الغرض الى غيره فان تجاوزته تكون قد تصرفت فيما لا أهلية لها للتصرف فيه .

ويكون للشركة عادة أهلية التصرف في الامور الطبيعية بوجه عام فيكون لها ان تشتري وتبيع وترهن وترتهن وتوكل وتصلح وتوثر وتسأجر ، كما يكون لها ان تقاضى ويمثلها في ذلك مديرها . وكذلك يكون لها ان تساهم في شركة اخرى ، وهذا فضلا عن انها قد تكتسب وصف التاجر وتحمل التزامات التجار ، ثم ان الشركة تسأل مسئولية مدنية تعاقدية او غير تعاقدية وتشغل بالالتزام وبالتعويض . اما المسئولية الجنائية ، فالاصل انها شخصية لا تلحق الا الشخص الطبيعي الذي وقع منه الفعل المكون للجريمة . ومع ذلك يتجه الرأي الى انه يجوز ان يحكم على الشركة بالعقوبات المالية التي لا تخلو من فكرة التعويض كالعقوبات التي تقضى بها اللجان الجمركية في مواد التهريب والغرامات التي تلحق من لم يدفع الضريبة مثلا وغير ذلك من العقوبات المالية المماثلة . ولا تمتد اهلية الشركة الى التبرع وذلك لانها شخص يعفى باستثناء التبرعات التي يميزها العرف للاغراض الاجتماعية والخيرية . ويجوز للشركة ان تقبل الهبات على الا تكون مقرونة بشروط مخالفة لغرضها او للاهداف التي قامت من اجلها .

المبحث الثالث : اسم الشركة وموطنها

يترتب على منح الشركة الشخصية المعنوية ان يكون لها اسم خاص لها كما يكون لها موطن خاص بها هو المكان الذي يوجد فيه مركز ادارة الشركة اى المكان الذي يباشر فيه المدير عمله بالنسبة لشركات الاشخاص ، والمكان الذي تجتمع فيه الجمعية العمومية ومجلس الادارة في شركات الاموال . وقد تختار الشركة موطنها في نفس الجهة التي تباشر فيها نشاطها ، لكن من حقها ان تختار له مكانا اخر ولذلك يتجمع عدد كبير من مراكز ادارات الشركات في العاصمة ولو كانت تمارس نشاطها في اماكن بعيدة عنها لكى تستطيع ان تحل مشاكلها مع الجهات الادارية المركزية .

ووفقا للقواعد العامة ترفع على الشركة امام محكمة موطنها اى امام المحكمة التى يقع فيها دائرتها ومركز اداراتها - ويجوز فى المسائل المتصلة باحد فروع الشركة - ان ترفع الدعوى امام المحكمة التى يقع الفرع فى دائرتها ، اى ان المكان الذى يوجد به كل فرع يعتبر موطننا خاصا للشركة فى خصوص الاعمال المتعلقة بهذا الفرع وباعتبار ان هذا الموطن هو موطن خاص للمدعى عليه .

المبحث الرابع : جنسية الشركة

يترتب كذلك على منح الشركة الشخصية المعنوية ان يكون لها جنسية تربطها بدولة معينة كما هو الحال بالنسبة للأشخاص الطبيعيين لان الجنسية نظام يترتب عليه القانون نتائج هامة بالنسبة لكل من الشخصين الطبيعى والمعنوى ، فتحديد جنسية الشخص المعنوى بصفة خاصة الشركات - لازم لمعرفة مدى تمتعه بالحقوق التى تقصرها كل دولة على رعاياها ومنها الحق فى الاتجار ، وكذلك يجب معرفة الجنسية لتحديد الدولة التى يكون لها الحق فى حماية الشخص المعنوى فى المجال الدولى اذا تعرضت مصلحته للخطر ثم ان معرفة جنسية الشركة لازمة لتحديد النظام القانونى الذى تخضع له فى تأسيسها واثناء حياتها فى مختلف نواحى نشاطها القانونى كالمعاملة الضريبية وغيرها . وقد اختلف الرأى فى تعيين الأساس الذى تتحدد به جنسية الشخص المعنوى . بوجه عام والشركات بوجه خاص واتجهت تشريعات مختلف الدول الى عدة اتجاهات فى هذا الخصوص .

ويذهب الاتجاه الغالب والماخوذ به فى فرنسا الى ان الشركة تكتسب جنسية الدولة التى يوجد باقليمها مركز ادارتها لان مركز الادارة هو بمثابة العقل المحرك للشركة وفيه يتركز نشاطها وحياتها القانونية . بذلك يكفل هذا المعيار قيام جنسية الشركة على رابطة اقتصادية وثيقة بينها وبين الدولة . وبهذا المعيار تأخذ تشريعات اغلبية الدول الاوروبية ودول امريكا اللاتينية . اما الدول

الانجلوسكسونية والدول الاسكندنافية فتأخذ تشريعاتها بمعيار مكان التأسيس .
او مكان التسجيل بوجه عام . اما بالنسبة للتشريع السعودي فقد نصت المادة
رقم ١٤ من نظام الشركات على انه باستثناء شركة المساهمة تتخذ كل شركة
تؤسس وفقا لأحكام هذا النظام مركزها الرئيسى فى المملكة وتعتبر هذه الشركة
سعودية الجنسية ولكن لا تستطيع هذه الجنسية بالضرورة تمتع الشركة بالحقوق
المقصورة على السعوديين ، ويتضمن هذا النص قاعدتين هامتين تتعلق الاولى
منها بمعيار الجنسية السعودية بينما تتعلق الثانية بمدى تمتع الشركات السعودية
بالحقوق التى يقصر القانون ممارستها على السعوديين .

(١) معيار اكتساب الشركة للجنسية السعودية :-

يتضح من النص سالف الذكر ان كل شركة تؤسس فى المملكة يجب ان
تتخذ مركزها الرئيسى بها وتكتسب الجنسية السعودية . ولابين من هذا النص ما
اذا كان معيار الجنسية هو تأسيس الشركة فى المملكة ام اتخاذها لمركزها الرئيسى
بها . ولذا يثور التساؤل حول جنسية الشركة التى قد تؤسس فى الخارج ولكنها
تتخذ مركز ادارتها الرئيسى فى المملكة . فهل تكتسب هذه الشركة الجنسية
السعودية بحكم وجود مركز ادارتها فى المملكة ؟ ام انها لا تكتسب هذه الجنسية
نظرا لتأسيسها فى الخارج ؟

الراجع ان معيار الجنسية وفقا للنظام هو اتخاذ الشركة لمركز ادارتها بالمملكة
وان كل شركة تتخذ مركز ادارتها بالمملكة تكون سعودية الجنسية ولو كانت
تأسست فى الخارج .

(٢) تمتع الشركات السعودية الجنسية بالحقوق :-

تنص المادة (١٤) صراحة على ان مجرد اكتساب الشركة الجنسية
السعودية ، بحكم تأسيسها او تمركز ادارتها فى المملكة - لا يكتفى لتمتعها بالحقوق
المقصورة على السعوديين بل ينظم المشرع الامر فى كل حالة ويحدد الشروط

التي يجب ان تتوفر في الشركة لممارسة هذا الحق اوذاك من تلك الحقوق . فقد
تؤسس الشركة وتتخذ مركز ادارتها في المملكة ولكن تكون اغلبية الشركاء فيها
او اغلبية المسيطرين على ادارتها من غير السعوديين وهنا تكون جنسيتها
السعودية مجرد ستار تكمن وراء مصالح اجنبية وقد تكون معادية ولذا فمن
الطبيعى في هذه الحالة الا تتمتع مثل هذه الشركة بالحقوق التي يقصر القانون
مارستها على الوطنيين وحدهم .

اما الشركة السعودية الجنسية التي تسيطر مصالح وطنية عليها فلا بأس من
تمتعها بهذه الحقوق وتطبيقاً لذلك نصت المادة الاولى من نظام الوكالات
التجارية الصادر بالمرسوم الملكى رقم ١١ فى ١٣٨٢/٢/٢٠ من ان ممارسة اعمال
الوكالات التجارية مقصورة على السعوديين وان الشركات التى تقم بهذه
الاعمال يجب ان يكون راس مالها بالكامل سعوديا وان يكون اعضاء مجالس
ادارتها ومن لهم حق التوقيع باسمها سعوديين .

فهنا لم يكتف المشرع بان تكون الشركة سعودية الجنسية بل اوجب ان
يكون الشركاء والمديرون من السعوديين ايضا . ولولا هذا الحكم لجاز لغير
السعوديين ممارسة هذه الاعمال المقصورة على السعوديين عن طريق شركة تؤسس
وتتخذ مركز ادارتها فى المملكة وهو ما يخالف قصد المشرع واهدافه وما ارتآه من
تحقيق مصالح الرعايا السعوديين .

ومن هذا كله يتضح ان الشركات المتمتعة بالجنسية السعودية تنقسم من
حيث تمتعها بالحقوق المقصورة على الوطنيين الى قسمين ، قسم يتمتع بهذه
الحقوق نظرا لقيامه على مصالح وطنية وادارة وطنية ، وقسم لا يتمتع بهذه الحقوق
لعدم توفر هذه الشروط فيه ومن ثم لا يتمتع بكل حقوق المواطن السعودى ، وقد
يذهب راي الى ان هناك معيارا اخر للجنسية الشركة غير المعيار المستمد من مكان
مركز ادارتها الرئيسى وهو معيار الاشراف الوطنى او السيطرة الوطنية على
الشركة ، فيجب ان تقم مثل هذه السيطرة حتى تكتسب الشركة
الجنسية الوطنية ، الا ان يتضح تماما كل ماتقدم ان شرط السيطرة الوطنية على

الشركة ليس شرطاً لتمتعها بالجنسية السعودية بل هو شرط لتمتع الشركة التي اكتسبت الجنسية السعودية طبقاً لمعيار المركز الرئيسى ببعض الحقوق التي يقصر القانون ممارستها على السعوديين ، أى أن السيطرة الوطنية هى شرط آخر يضاف إلى شرط الجنسية السعودية حتى تتمتع الشركة بهذه الحقوق طبقاً لبعض التشريعات التي يصدرها المشرع وفقاً لكل حالة على حدة وقد يأخذ فى اعتباره نوع الاستثمار كما رأينا .

المبحث الخامس : تحوّل الشركة وتأميمها

لا يتوقف اكتساب الشركة شخصية معنوية مستقلة على شكلها القانونى ، ولهذا يقال أن شكل الشركة ليس إلا ثوباً قانونياً لشخصيتها ، ولذا تستطيع الشركة أن تغير من هذا الثوب أى تتخذ شكلاً قانونياً آخر دون أن يستتبع هذا التغيير زوال شخصيتها بل تظل هذه الشخصية قائمة ومستمرة تحت الشكل الجديد .

وقد اعتمد المشرع السعودى هذا النظر فى نظام الشركات إذ تقضى المادة (٢١١) منه بأنه لا يترتب على تحول الشركة نشوء شخص اعتبارى جديد وتظل الشركة محتفظة بحقوقها والتزاماتها السابقة على التحول . وعلى ذلك لا يؤدى تحول شركة التضامن أو شركة التوصية إلى شركة أموال إلى إبراء ذمة الشركاء المتضامنين ومن مسئوليتهم الشخصية عن ديون الشركة إلا إذا قبل ذلك الدائنون ، ويفترض هذا القبول إذا لم يعترض أحدهم على قرار التحول خلال (٣٠) يوماً من تاريخ إخطاره بخطاب مسجل (ماده ٢١٢) ولكن بقاء شخصية الشركة رغم التحول لا يعفى الشركة من اتخاذ إجراءات التأسيس والشهر الواجب للشكل الذى تتحول إليه (ماده ٢١٠) فإذا تحولت شركة تضامن إلى شركة مساهمة مثلاً فلا مناص رغم بقاء شخصيتها من اتخاذ إجراءات تأسيس شركات المساهمة .

ولا يستتبع تأمين الشركة وبالضرورة انهاء شخصيتها المعنوية بل قد يرد التأمين على اسهم الشركات المؤممة وحدها وتظل هذه الشركات بعد التأمين محتفظة بشكلها القانونى او بشخصيتها الاعتبارية التى اكتسبتها قبل التأمين ، ولكن قد يحدث ان لا يقتصر التأمين على اسهم الشركة بل يمتد الى كل كيانها وهنا تنقضى الشركة وتنقضى شخصيتها المعنوية بحدوث هذا النوع من التأمين .

الفصل الرابع انقضاء الشركة

تتعدد اسباب انقضاء الشركات وتغاير في طبيعتها ، ومن هذه الاسباب ما هو عام يسرى على جميع الشركات ، ومنها أسباب مبنية على الاعتبار الشخصى لا تسرى الا على شركات الاشخاص ومتى قام السبب المنهى للشركة - ايا كان هذا السبب - فان شخصية الشركة لا تنتهى بمجرد قيام هذا السبب بل تدخل الشركة في دور التصفية وتظل شخصيتها قائمة في حدود حاجات التصفية إلى أن تتم التصفية بسداد ديون الشركة وقسمة الفائض من اموالها بين الشركاء .

وسنعرض فيما يلي الاسباب العامة لانقضاء الشركات ثم ندرس الاسباب القائمة على الاعتبار الشخصى .

المبحث الاول : الأسباب العامة لانقضاء الشركة

أولاً : انقضاء المدة المحددة للشركة :

تنقضى الشركة بحلول الموعد المعين لانقضائها وبانتهاء مدتها فاذا اتفق الشركاء فى العقد على مدة للشركة فان الشركة تنتهى بقوة القانون بمجرد انقضاء هذه المدة (مادة ١/١٥) حتى ولو كان هذا الانتهاء ضد رغبة الشركاء .

ومع ذلك فليس ثمة ما يمنع ان تستمر الشركة في العمل بعد انتهاء مدتها في بعض الاحوال ولكن وضعها القانوني يختلف وفقا للظروف التي تحيط باستمرارها على النحو التالي :

١ - استمرار الشركة في البقاء بشخصيتها الاولى : لاتنقض الشركة رغم انتهاء المدة - في حالتين :

(ا) اذا حدد ميثاق انتهاء اعمال الشركة على نحو تقريبي على اعتبار ان العمل الذي أنشئت من اجله لا يستغرق وقتا اطول لأن الاتفاق يجب تفسيره وفقا لنية المتعاقدين . ففي هذه الحالة تبقى الشركة بشخصيتها لان اجلها يكون - طبقا لارادة الشركاء - ابعد الأجلين : انقضاء المدة وانهاء المدة أو انتهاء العمل . ويرى بعض الفقهاء انه في هذه الحالة اذا انتهى عمل الشركة قبل انقضاء مدتها فانها تظل قائمة قانونيا حتى انتهاء موعدها^(١).

(ب) اذا اتفق الشركاء قبل انتهاء مدة الشركة على مد اجلها ، والاصل ان يتم هذا الاتفاق باجماع الشركاء مالم ينص العقد على اغلبيه معينة تكفى لذلك والا كان الامتداد غير سارى المفعول .

٢ - قيام الشركة بعد انتهاء مدتها ولكن كشركة جديدة : ويحدث ذلك في حالتين :

(ا) اذا جرى الانفاق بين الشركاء بعد انقضاء مدة الشركة على الاستمرار في العمل لمدة اخرى محددة ، وتعتبر الشركة هنا شركة جديدة لان الشركة الاولى تكون قد انقضت بقوة القانون بنهاية المدة . وقامت على انقضائها الشركة الجديدة .

(ب) اذا استمر الشركاء في العمل بعد انقضاء المدة ، فيعد هذا إتفاقاً منهم على اقامة شركة جديدة بالشروط ذاتها لمدة مماثلة وهكذا . ويجعل القانون المصرى الامتداد في هذه الصورة لمدة سنة فسنة أخرى وهكذا يكون التجديد

(١) انظر محسن شفيق الموجز رقم ٣٠١ وانظر عكس جهة النظر سالفة الذكر على يونس المرجع

السابق رقم ٩٩ .

التلقائي لهذه المدة المحددة . ويجيز القانون المصرى لدائن احد الشركاء ان يعترض على هذا الامتداد حماية لحقوقه ويترتب على اعتراضه وقف أثره في حقه ويرجع ذلك الى انه يتمتع على الدائن ان ينفذ على حصة مدينه اثناء قيام الشركة لذلك لا بد ان يثبت له الحق في الاعتراض على امتداد الشركة وطلب عدم نفاذ هذا الامتداد في حقه حتى يتمكن من التنفيذ على هذه الحصة واستيفاء حقه منها . والراجع انه يشترط لاستعمال الدائن هذا الحق ان يثبت الغش والتواطؤ من جانب المدين لأن هذا حق خاص تقرر بمقتضى النص الذى لم يشترط هذا الشرط .

فاذا اعترض الدائن على الامتداد فان ذلك يقتضى تحديد حصة الشريك المدين في الشركة حتى يتمكن دائنه من التنفيذ عليها . ولا يحق ذلك دون الاستمرار فيما بين بقية الشركاء ولكن يلتزم الشريك المدين بتعويض الشركة عن الحصة التى تم التنفيذ عليها من جانب دائنه .

وليس في نظام الشركات السعودى حكم مماثل ولكن على أية حال يجوز للدائن أن يعترض على الامتداد في حالة الغش والإضرارية من جانب المدين وذلك وفقا للقواعد العامة .

ثانيا : انتهاء العمل الذى قامت الشركة من اجله :

تنتهى الشركة بانتهاء العمل الذى قامت من اجله فاذا تكونت الشركة للقيام بعمل معين كانشاء خط حديدى او حفر قناة مثلا فانها تنتهى بتمام هذا العمل . فاذا استمر الشركاء بعد ذلك في القيام بعمل من نفس النوع فان العقد يمتد بذات الشروط ، أى تنشأ شركة جديدة بذات الشروط . ويجيز القانون المصرى ان يعارض دائن احد الشركاء في هذا الامتداد ويترتب على اعتراضه وقف اثره في حقه ولو لم يثبت قيام غش او تواطؤ .

اما بالنسبة للمملكة العربية السعودية فيكون للدائن حق في الاعتراض الا في حالتى الغش والتواطؤ وفقا للقواعد العامة .

ثالثا : انقضاء الشركة باستحالة تحقيق غرضها :

تنتهى الشركة باستحالة اتمام العمل الذى قامت من اجله وباستحالة تحقيق هدفها او غرضها اذ لا يكون هناك مبرر لاستمرار وجودها .

وقد نصت المادة (٢/١٥) صراحة على هذا الحكم .

رابعا : هلاك مال الشركة :

تنتهى الشركة بهلاك جميع مالها أو معظمه بحيث يتعذر استثمار الباقي استثمارا مجديا (مادة ٤/١٥) ويكون انتهاء الشركة بقوة القانون ان هلك مالها بحيث لم تعد قادرة على المضي في عملها ويستوى في ذلك ان يكون الهلاك ماديا - كغرق السفينة او احتراق المصنع - أو معنويا كسحب الامتياز الممنوح لها او اعتبار نشاطها غير مباح كما لو كانت تنتج شيئا وصدر تشريع يحظر انتاجه . ولا يثير الهلاك الكلى مشكلة اما اذا كان الهلاك جزئيا واختلف الشركاء حول مدى اهمية الجزء الهالك فان القضاء يقدر ما اذا كان الهلاك مؤدياً لانقضاء الشركة أم لا وقد ينص عقد الشركة على نسبة معينة كالثلث او الربع يجب عندها حل الشركة وتعتبر بمثابة حد ادنى لازم لنشاط الشركة فاذا ورد في العقد هذا النص التزم الشركاء باحترامه . ومن البديهي ان لا يؤدي هلاك مال الشركة الى انقضائها الا اذا كان يؤدي الى استحالة استمرار الشركة في عملها. فاذا كانت الشركة قد أمنت على اموالها وكان مقابل التأمين يسمح باكتساب اموال جديدة تعوّض ما هلك ، فان الشركة لا تنحل بل تظل قائمة لعدم وجود المبرر القانوني والواقعي لانتهائها .

خامسا : الاتفاق على انتهاء الشركة :

تطبيقا للقواعد العامة تنتهى الشركة كذلك باتفاق الشركاء على حلها قبل انقضاء مدتها مالم ينص عقدها على ذلك وقد اكد المشرع حكم القواعد العامة في هذا الخصوص في المادة (٥/١٥) من نظام الشركات وإذا اتفقا في العقد على أن لأغلبية الشركاء ان تقرر انتهاء الشركة ، فهذا الاتفاق صحيح عملا بشروط العقد .

سادسا : اجتماع الحصص في يد شخص واحد :

إذا انحسر عن الشركة ركن التعدد انتهت الشركة بزوال تعدد الشركاء واجتماع الحصص او الاسهم كلها في يد شخص واحد (مادة ٣/١٥) .

وبحيز قانون الشركات الفرنسى الجديد الصادر فى ٢٤ يوليو ١٩٦٦م فى المادة (٩) منه تصحيح وضع الشركة خلال سنة من تاريخ اجتماع المحصص او الاسهم فى يد شخص واحد ويجوز بعد انقضاء هذه المهلة لكل ذى مصلحة ان يطلب تقرير انحلال الشركة .

وقد ارتأى المشرع الفرنسى وضع هذا الحكم حتى يعطى الشخص الذى اجتمعت فى يده المحصص فرصة يتدبر فيها امره .

سابعا : اندماج الشركة :

وتنفضى الشركة كذلك باندماجها فى شركة اخرى (مادة ٦/١٥) .

وقد تندمج الشركة فى شركة اخرى تبتلعها وهذا مايسمى بالاندماج بطريق الضم او الابتلاع او الامتصاص وقد تندمج شركتان أو أكثر لتتأ على اجتماعها شركة جديدة وهذا مايعرف بالاندماج بطريق المزج أو الاتحاد (مادة ٢١٤ من النظام) .

وفى حالة الاندماج بطريق الضم او الابتلاع أو الامتصاص تنقضى الشركة المندجة وتفى فى شخصية الشركة الداخلة . اما بالنسبة للشركة الداخلة فلا تتأ الا بزيادة رأس مالها بقدر صافي اصول الشركة المندجة فيها . اما فى حالة الادماج بطريق المزج والاتحاد فان جميع الشركات المندجة تنقضى وتتأ على انقاضها شركة جديدة .

وفى الحالتين السابقتين يجب اجراء تقويم لجميع الشركات المندجة ويحدد عقد الاندماج طريقته وذلك لتحديد حصة الشركات المندجة فى رأس مال الشركة الداخلة او الشركة الجديدة الناشئة من الامتزاج (مادة ٢١٤ من النظام) .

ويكون حق تقرير اندماج الشركة بمجموع الشركاء الا اذا نص العقد على حق الاغلبية فى اتخاذ هذا القرار . اما فى شركات المساهمة ، فهو من حق الجمعية العمومية غير العادية الا اذا تضمنت عملية الاندماج تعديلا يخرج عن سلطة هذه الجمعية .

ويلزم له اجماع الشركاء . ويجب ان يتم شهر قرار الاندماج بطرق الشهر المقررة لما يطرأ على عقد الشركة المندمجة او نظاميا من تعديلات (مادة ٢١٤/٣) .

والاصل ان جميع حقوق والتزامات الشركة المندمجة تنتقل الى الشركة الداخلة او الى الشركة الجديدة في حالة الاندماج بطريق المزج وذلك الا اذا تضمن اتفاق الشركاء حكما مغايرا . وتكون الشركة الداخلة عادة اقوى من الشركة المندمجة ومن ثم تنتفى مصلحة دائني الشركة المندمجة في الاعتراض على الاندماج الا انه اذا اثبتت العكس فقد كفل نظام الشركات حماية دائني الشركة المندمجة اذ نص في المادة (٢١٥) منه على عدم نفاذ الاندماج في حق الدائنين الا بعد مضي ٩٠ يوما من تاريخ شهره ويكون للدائنين خلال هذه المدة ان يعترضوا على الاندماج بخطاب مسجل الى الشركة . ويترتب على هذا الاعتراض عدم سريان الاندماج في حقهم ومن ثم يكون لهم ان ينفذوا على موجودات الشركة المندمجة وتكون لهم افضلية . ولكن الاندماج ينفذ في حق الدائنين رغم اعتراضهم اذا تنازلوا عن هذا الاعتراض او رفض اعتراضهم من قبل هيئة حسم منازعات الشركات التجارية بناء على طلب الشركة وكذلك اذا انتفت مصالحتهم بان قدمت الشركة المندمجة ضمانا كافيا للوفاء بديون الدائنين المعارضين اذا كانت هذه الديون آجلة (مادة ٢١) .

ثامنا : التأميم

تنقضى الشركة كذلك بتأميمها وتحويلها الى مؤسسة عامة وتنقضى في هذه الصورة شخصيتها وينشأ عن انقاضها شخص معنوى عام جديد . وقد سبق وان ذكرنا ان التأميم قد يرد على الاسهم وحدها فلا يستتبع انقضاء الشركة المؤتممة وفناء شخصيتها المعنوية .

تاسعا : صدور حكم قضائي بحل الشركة :

يجوز حل الشركة قضاء بناء على طلب اى من الشركاء بسبب يرجع الى احدهم كما لو اخل بالتزامه بتقديم حصته وكذلك لو تصرف احد الشركاء

تصرفات تنطوي على اضرار بالشركة كما لو قام باعمال تعد ضارة او منافسة للشركة . وكذلك حين يطلب الغاء العقد لمرض شريك بحصة عمل لتعذر استمرار الشركة كذلك يجوز لاي من الشركاء طلب حل الشركة اذا تعذر التعاون بين الشركاء بحيث تستحيل ادارتها او قيامها بعملها . كما يجوز ان يطلب احد الشركاء حل الشركة لاي سبب تقرر المحكمة خطورته وترى انه يبرر انقضاء الشركة ولو كان لسبب لا يتعلق باحد الشركاء او بادارة الشركة ، كما لو وقعت ازمة اقتصادية من المتعذر استمرار نشاطها^(١) .

وحق الشريك في طلب الحل حق شخصي لا يجوز لدائن الشريك او دائن الشركة مباشرة هذا الحق ويعتبر حل الشركة قضائيا لغاء لعقد الشركة . وتقضى المادة (١٥) من النظام بان الشركة تنقضى بصدد قرار بحلها من هيئة حسم منازعات الشركات التجارية بناء على طلب احد ذوى الشأن ويشترط وجود اسباب خطيرة تبرر ذلك . ورغم ان نظام الشركات ينظر الى حل الشركة كسبب عام لانقضاء الشركات : فان تطبيقه العملي يكاد ينحصر في شركات الاشخاص وحدها .

وعلى ذلك يميز النظام لاي من ذوى الشأن « « أى من الشركاء » » ان يطلب الى القضاء الحكم بحل الشركة اذا قامت اسباب خطيرة تبرر حلها . وقد يرجع بعض هذه الاسباب الى خطأ احد الشركاء كما ذكرنا كاخلاله بالتزاماته أو عدم الوفاء بحصته أو اهمال الشريك المدير غير القابل للعزل أو عدم كفاية الشريك بالعمل أو خطأ جسيم أو غش أو تدليس من جانب اى من الشركاء ، ولا يجوز للشريك المخطئ في هذه الاحوال ان يطلب حل الشركة بل يجوز الرجوع عليه بالتعويض من قبل الباقيين ويتحمل التعويض في امواله الخاصة لا في اموال الشركة .

(١) انظر محمد حسنى عباس المرجع السابق رقم ١١١ .

وبلاحظ ان طالب الحل في بعض الصور السابقة - وبوجه خاص في حالة عدم تقديم احد الشركاء لحصته - لا يعدون أن يكون استعمال الحق كل شريك في طلب الغاء الشركة لعدم تنفيذ الالتزامات ولا يكون لهذا الانحلال اثر الا بالنسبة للمستقبل لأن عقد الشركة عقد زمني ، لا ترجع اسباب الحل الى تصرفات الشركاء او ارادتهم فقد يرجع كما ذكرنا الى المرض الخطير او الاضطراب العقلي الذي يعجز صاحبه عن اداء واجبه اوسوء التفاهم المستحكم بين الشركاء أو وقوع حوادث اقتصادية طارئة غير متوقعة تجعل من العسير على الشركة الاستمرار في نشاطها ، ويجوز لكل شريك في هذه الاحوال ان يطلب الحل دون استثناء الشريك الذي يقوم به سبب الحل . ولا مجال في الحالات السابقة لطلب التعويض اذ لا تقصير في جانب احد من الشركاء . ويرجع الكثير من طلبات الحل الى الخلاف بين الشركاء وان كان القضاء يتردد كثيرا في اجابة طلب الحل لهذا السبب الا اذا كان من شأن هذا الخلاف ان يجعل استمرار الشركة في نشاطها امرا بالغ الصعوبة كما لم يجز القضاء للشريك المسئول عما وصل اليه الحال بين الشركاء من خلاف ان يطلب الغاء العقد وهذا الحكم تطبيق للقواعد العامة .

وللمحكمة الحرية الكاملة في تقدير كفاية سبب الحل ويعتبر الحكم بحل الشركة حكما منشئا لامقرا لأنه ينهى حياة الشخص المعنوي القائم ولذلك لا تنتهى الشركة الا من يوم ان يصبح الحكم بحلها نهائيا ويعتبر الحق في طلب حل الشركة استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد وهو تغير من النظام العام ولذلك يبطل اى اتفاق على حرمان الشركاء منه سواء ورد هذا الاتفاق في عقد الشركة او في عقد لاحق له .

ويجيز القانون المصرى لبعض الشركاء طلب فصل الشريك الذى تعدّ تصرفاته مسوّغة لطلب حل الشركة (م ٥٣١ مدنى) .

المبحث الثاني : أسباب الانقضاء المبنية على الاعتبار الشخصي

تنقضي شركات الاشخاص باسباب الانقضاء العامة سالفة الذكر ، كما تنقضي كذلك باسباب خاصة بها تقوم على الاعتبار الشخصي . من حيث شخصية الشريك وملاءمته ومن حيث ضرورة قيام التفاهم المتبادل بين الشركاء فيها . وقد نص نظام الشركات على هذه الاسباب بصدد ابرز شركات الاشخاص وهي شركة التضامن (مادة ٣٥) ولكنها عامة الانطباق على جميع شركات الاشخاص .

أولا - موت أحد الشركاء :

أبرز هذه الأسباب موت أحد الشركاء لأن الشركاء انما تعاقدوا بالنظر الى صفات الشريك الشخصية لا لصفات الورثة . ولكن هذا الحكم ليس في الواقع الا تفسيرا لارادة الشركاء ، ومن ثم يجوز الاتفاق على استبعاده ابقاء على الشركة . .

واذا كان هذا هو الأصل في القانون السعودي ، فان الأصل في بعض القوانين الأخرى كالقانون اللبناني هو استمرار شركة الاشخاص اذا توفي أحد الشركاء ما لم يتم الاتفاق على العكس . ويميز القانون السعودي اتفاق الشركاء على استمرار شركة الاشخاص في حالة وفاة احدهم في الصور الآتية :

١ - الاتفاق على استمرار الشركة مع ورثة الشريك المتوفى : وقد يكون هذا الاتفاق ضمنيا « كما اذا تبين ان الشركاء لم يتعاقدوا مطلقا بالنظر الى صفات الشريك من حيث ان العقد يسمح لكل منهم بالتنازل عن حصته واحلال المتنازل له محله في الشركة . وسواء أكان الاتفاق صريحا أم ضمنيا فانه لا يلزم ان يصدر اذن خاص باستمرار الورثة في الشركة حتى ولو كانوا قسرا (مادة ٣٥) .

وعلى اية حال فمن الضروري ان يكون الاتفاق على استمرار الشركة قد تم بين الشركاء الاصليين في عقد الشركة وقبل الوفاة ، أما الاتفاق بعد الوفاة على استمرار الشركة بين ورثة الشريك المتوفى من جهة والشركاء الاحياء من جهة أخرى ، فانه لا يمنع من انقضاء الشركة وبقيم الاتفاق الجديد في هذه الحالة شركة جديدة^(١) .

٢ - الاتفاق على ان تستمر الشركة مع بعض ورثة الشريك المتوفى :
يتم الاتفاق على ان تستمر الشركة مع بعض ورثة الشريك المتوفى كانه الأكبر أو التاجر أو زوجته ، وليس في النظام حكم لهذا الشرط . ولا يعتبر هذا الشرط من قبيل الوصية الصادرة الى بعض الورثة بحصة الشريك المتوفى لأن الوصية يجوز الرجوع فيها بينما يعتبر هذا الشرط جزءاً من عقد الشركة لا يعدل الا باتفاق الشركاء . ويميل الفقه الى القول بصحة هذا الشرط قياساً على تصحيح القانون للشرط الذي يقضى باستمرار الشركة مع جميع ورثة الشريك المتوفى^(٢) .

٣ - الاتفاق على ان تستمر الشركة فيما بين بقية الشركاء الذين يقعون على قيد الحياة :

ولا يكون لورثة الشريك المتوفى في الحالة المماثلة الا نصيب في أموال الشركة ويقدر هذا النصيب بحسب قيمته يوم الوفاة ويدفع لهم نقداً . ولا يكون لهم نصيب فيما يستجد بعد ذلك من حقوق الا بقدر ما تكون تلك الحقوق ناتجة عن عمليات سابقة على الوفاة (مادة ٣٥) وتأسيساً على ما تقدم يتحدد نصيب

(١) نقض مصرى مدنى ٢٣ فبراير ١٩٦٧ م المجموعه السنة ١٨ ص ٧٢ .

(٢) على يونس فقرة ١١٠ ومصطفى طه فقرة ٢٦١ وإنظرفيا قام من خلاف في القانون الفرنسى هامل ولا جارد ٤٨١ .

الورثة بقيمة حصة الشريك المتوفى يوم الوفاة ولا يشاركون في الارباح اللاحقة الا اذا كانت ناتجة عن عمليات سابقة على الوفاة . وتنطبق القاعدة السابقة بشأن الخسائر اللاحقة على الوفاة ، الا انه لما كان تقدير حصة الشريك المتوفى يتطلب مصاريف باهظة . فان القانون ينص على تقدير الحصة بحسب آخر جرد عمل قبل الوفاة ما لم يتضمن عقد الشركة طريقة أخرى للتقدير ، وقد ينص العقد على ان يتم الوفاء بقيمة حصة الشريك المتوفى الى ورثته على اقساط حتى لا يترتب على الوفاء بحقوقهم دفعة واحدة الاضرار بنشاط الشركة .

ثانيا - الحجر على احد الشركاء أو إشهار افلاسه أو اعساره :
تنقضى الشركة كذلك بالحجر على أحد الشركاء أو اعساره او افلاسه
(مادة ٣٥) .

وقد نص النظام على هذا الاثر أى كان سببه الحجر وبديهي انه لا يحل القيم على الشريك المحجور عليه أو مأمور تفليسته محله في الشركة المنتهية بسبب الحجر أو الاعسار أو الافلاس وهذا الحكم تطبيق للقواعد العامة . وفي كثير من الاحوال يتفق الشركاء على إستمرار الشركة فيما بين بقية الشركاء . وفي هذه الحالة تسرى الاحكام السابقة التي تترتب عند الوفاة وتحدد قيمة حصة الشريك الذى حجر عليه أو أعسر أو أفلس في يوم الحجر أو الاعسار أو الافلاس .

ثالثا - انسحاب أحد الشركاء من الشركة غير محددة المدة :
يلزم الشريك في الشركات المحددة المدة بعدم الانسحاب اصلا الا عند انتهاء مدة الشركة ، أما الشركات غير المحددة المدة فقد بقيت المادة (٣٥) من النظام على حق كل شريك في ان ينسحب من الشركة اذا كانت غير معينة المدة وذلك بمجرد ارادته المنفردة لانه لا يجوز لشخص ان يرتبط بالتزام يقيد حريته الى اجل غير محدد لتنافي ذلك مع الحرية الشخصية التي هي من النظام

العام ومن ثم فلا يجوز الاتفاق في العقد على حرمان الشريك في هذا النوع من الشركات من هذا الحق .

ولا يكون إنسحاباً صحيحاً في هذه الأحوال إلا اذا توافرت عدة شروط يقتضيها تطبيق القواعد العامة .

١ - يجب ان تكون الشركة غير معينة المدة : وتعتبر الشركة غير معينة أو محددة المدة اذا اتفق على انها تكونت لمدة تستغرق حياة الشركاء او حددت لها مدة تستغرق عمر الانسان العادى وكذلك اذا تألفت لاستغلال احد المناجم دون تحديد مدة لها ، او اذا تألفت لاقامة مشروع يتجاوز المدة اللازمة لاقامته عمر الانسان العادى .

٢ - ويجب ان يكون الشريك محروماً من حق التنازل عن حصته في الشركة بلا قيد أو شرط :

اذ ثبت ان الشريك لا يتمتع بحق التنازل عن حصته في الشركة بغير قيد ولا شرط ثبت له الحق في الانسحاب ، أما اذا كان له الحق في التنازل عن حصته بغير قيود فليس عليه من سبيل اذا اراد الخروج من الشركة الا ان يتنازل عن حصته الى الغير ولا حاجة له الى الانسحاب الذى ينهى حياة الشركة .

٣ - يجب ان يتم الانسحاب بحسن نية : لا يكون الانسحاب صحيحاً اذا لم يتم بحسن نية كما اذا وقع عن غش وللقاضى ان يقدر قيام حسن النية ومن امثلة الانسحاب بسوء النية ما اذا كان الشريك لا يستهدف من انسحابه سوى الافراد بارباح الشركة وبعد ان يحصل على نصيبه واذ يستشعر ان المرحلة التالية من حياة الشركة ستحقق خسارة او ينخفض فيها معدل الربح يتجه الى الانسحاب ففي هذه الحالة يرد قصده عليه بسوء نيته وعلى اية حال فإنه يفتر حسن نية الشريك وعلى من يدعى العكس اقامة الدليل .

٤ - يجب ان يتم الانسحاب في وقت مناسب : يرتبط تحديد الوقت المناسب بالظروف التى تدخل في تقدير القاضى ومن امثلة الانسحاب في وقت

غير مناسب الانسحاب اثناء ازمة اقتصادية او في الفترة الاولى لحياة الشركة وقبل ان تحقق ارباحا .

٥ - يجب ان يخطر الشريك الذي يرغب في الانسحاب باقى الشركاء قبل انسحابه الفعلى : ولم يتضمن النظام اجراءات او شكلاً أو مدة معينة لهذا الاخطار والأمر فى هذا الخصوص متروك الى تقدير القاضى يقدره حسب ظروف الحال .

وإذا توافرت الشروط السابقة يتم الانسحاب صحيحا وادى الى انقضاء الشركة لقيامها على الاعتبار الشخصى وعلى اية حال يجوز ان يتفق الشركاء فى العقد على استمرار الشركة بعد انسحاب احد الشركاء بين باقى الشركاء . وفى حالة تخلف احد الشروط السابقة ، فان الانسحاب لا يتم صحيحا ولا يترتب عليه انقضاء الشركة ، ويترتب على تطبيق هذه القاعدة صعوبات عملية خطيرة إذا أثير خلاف حول صحة الانسحاب لتخلف شرط حسن نية الشريك المنسحب أو اذا تم الانسحاب فى وقت مناسب فى نظر بعض الشركاء .

المبحث الثالث : تصفية الشركة وتقسيم أموالها

إذا تحقق سبب من اسباب انقضاء الشركة دخلت فوراً فى مرحلة التصفية واستتبع ذلك اتمام اجراءات التصفية وفقاً لاحكام النظام وقسمة اموالها بين الشركاء وفقاً لما تضمنه العقد أو وفقاً لاحكام النظام .

وقد عرض النظام الى تصفية الشركة فى المواد من (٢١٦) الى (٢٢٦) منه . وتصفية الشركة هى العملية القانونية التى تبدأ بعد انقضاء الشركة وإذا كان الانقضاء يعدم الوجود القانونى للشركة فانه لا يقضى على شخصيتها القانونية التى تظل قائمة حتى تتم عملية التصفية ويتم تقسيم اموال الشركة بين الشركاء .

وعلى هذا يمكن تعريف التصفية بانها مجموعة الاعمال التى ترمى الى انتهاء

العمليات الجارية للشركة واستيفاء حقوقها وتحويل مفردات اصولها الى نقود وسداد ديونها .

وتكون كتلة ايجابية صافية من الاموال يتسنى مع وجودها اجراء القسمة فيما بين الشركاء . ويعتبر الفقه الحديث التصفية عملية ضرورية ناتجة عن انقضاء الشركة ويرى انها تهدف اساسا الى تمكين دائنى الشركة من الحصول على حقوقهم فهي لازمة وضرورية ما دامت على الشركة المنتهية ديون قبل الغير وروابط قائمة معهم فضلا عن ان التصفية لا تتم الا بانقضاء هذه الروابط جميعا وتقسيم اموال الشركة . ويتفق هذا النظر والمفهوم للتصفية مع طبيعة الشركة كشخص معنوى مستقل . وقد اخذ به نظام الشركات السعودي اذ تنص المادة (٢١٦) منه على ان الشركة تدخل بمجرد انقضاءها في دور التصفية . والاصل ان تتم عملية التصفية وفقا لشروط الشركاء وطبقا لما يتفقون عليه في عقد الشركة ، فاذا لم يتضمن العقد احكاما بهذا الخصوص انطبقت احكام النظام (مادة ١٥) .

المطلب الأول

استمرار الشخصية المعنوية للشركة في فترة التصفية

تظل للشركة شخصيتها المعنوية المستقلة اثناء فترة التصفية اذ تتطلب التصفية القيام ببعض المعاملات من جانب الشركة وهو ما يحتم تمتعها بالشخصية بالاضافة الى ان بقاء شخصية الشركة يضمن الحقوق المكتسبة لدائنيها الذين تعاملوا مع شخص معنوى له ذمته المستقلة عن ذمم الشركاء ومن ثم فمن مصلحتهم بقاءه حتى يسدد ديونه . ويترتب على بقاء الشخصية ان يبقى للشركة موطنها القانونى في المركز الرئيسى ، ويصبح المصفى ممثلا قانونيا للشركة ينوب عنها في التقاضى ويطالب بحقوقها واذا توقفت الشركة عن دفع ديونها التجارية اثناء التصفية ، جاز لدائنيها ان يطلبوا شهر افلاسها ، وهذه إحدى النتائج الهامة التى يترتب على استمرار الشخصية القانونية لها منذ تحقيق

سبب الانقضاء الى انتهاء جميع عمليات التصفية .
والواقع ان بقاء الشخصية المعنوية للشركة ضرورة تقدر بقدرها ومن ثم يقتصر اثر استمرار الشخصية المعنوية على ما كان لازما من الاعمال لانقضاء التصفية وتسهيلها (مادة ٢١٦) وعلى ذلك لا يكون للمصفي الا ان يسير بالاعمال القائمة الى نهايتها وليس له ان يبدأ اعمالا جديدة لحساب الشركة إلا أن تكون هذه الاعمال لازمة لانقضاء اعمال سابقة (مادة ٢/٢٢٠) . كذلك يترتب على ربط استمرار شخصيته المعنوية للشركة في فترة التصفية باعمال التصفية ان قيام سبب انقضاء الشركة ينهى مهمة مديرها ويتحول هؤلاء المديرين الى مصفين ان لم يكن هناك مصفون (مادة ٢١٧) كذلك تنتهي بتحقيق سبب الانقضاء مهمة مجلس الادارة ومراقبي الحسابات في شركات المساهمة وتبقى الجمعية العمومية لتراقب سير التصفية كما تبقى سائر اجهزة الشركة قائمة باختصاصاتها فيما لا يتعارض واختصاصات المصفين (مادة ٢٢٤) .

المطلب الثاني

كيفية تعيين المصفي

الأصل ان يتضمن عقد الشركة القواعد الخاصة بتعيين المصفي ، وقد يتولى تحديده تحديدا شخصيا فاذا لم ينظم عقد الشركة طريقة تعيين المصفي ولم يبين من يملك تعيينه ، كان لجميع الشركاء ان يقوموا بالتصفية او قام بها مصف واحد او اكثر يعينهم الشركاء او الجمعية العمومية ان وجدت . واذا لم يتفق الشركاء على تعيين المصفي ، تولى القاضى تعيينه بناء على طلب احدهم اما اذا قررت هيئة حسم منازعات الشركات التجارية بطلان الشركة او حلها فان هذه الهيئة تعين المصفين وتحدد سلطاتهم ومكافآتهم (مادة ٢/٢١٨) .
وتتولى هيئة حسم المنازعات تعيين المصفي في حالة بطلان الشركة ولو كان منصوبا في عقد الشركة على طريقة تعيينه او كان معينا فعلا لان هذا هو الاثر

الذى يرتبه بطلان العقد كذلك لا تسرى احكام العقد الخاصة بطريقة التصفية في هذه الحالة بل تحدد الهيئة هذه الاجراءات وطريقة التصفية .
واذا تراخى تعيين المصفي عند بداية مرحلة التصفية اعتبر المديرون بالنسبة الى الغير في حكم المصفين (مادة ٢١٧) ليكون هناك دائم يمثل الشركة ويدافع عن مصالحها في مواجهة الغير في تلك الفترة المرحجة والاخيرة من حياتها .
والقاعدة العامة ان من عين المصفي هو الذى يملك عزله^(١) واستثناء من هذا المبدأ يجوز ان يطلب احد الشركاء من القضاء عزل المصفي المعين بالاتفاق اذا قامت اسباب مشروعة وجديّة تقضى ذلك .

المطلب الثالث

صلاحيات المصفي

يمارس المصفي صلاحياته كوكيل عن الشركاء ولذلك تحدد سلطاته بما يتضمنه قرار تعيينه فضلا عن طبيعة عملية التصفية ذاتها .
وتتحدد سلطات المصفي اولا بالقرار الصادر بتعيينه من جانب الشركاء او القضاء اذ تعتبر احكام هذا القرار اساسا وسندا لاعماله في مواجهة الغير ان يستوثقوا من سلطات المصفي قبل التعامل معه ، فاذا تضمن عقد الشركة او حكم القضاء احكاما خاصة بكيفية اجراء التصفية ومدتها التزم المصفي بالعمل بهذه الاحكام (المادة ١٥) .

وتتحدد صلاحيات المصفي كذلك بطبيعة الوكالة الصادرة اليه وبطبيعة عملية التصفية . ويذهب الاتجاه السائد الى ان سلطات المصفي وصلاحياته تتحدد لا بالنظر الى طبيعة التصرفات بل بالنظر الى الغاية منها بحيث يكون للمصفي حق ابرام جميع التصرفات اللازمة لاقام الوفاء بديون الشركة وتحويل

(١) ينص القانون الفرنسى صراحة على هذه القاعدة

موجوداتها الى نقود . وقد اخذ نظام الشركات السعودى بهذا الاتجاه الذى يوسع من سلطات المصفى وينبغى عليها المرونة الضرورية اذ تجيز له المادة (٢٢٠) صلاحيات واسعة لتحويل موجودات الشركة الى نقود بما فى ذلك بيع المنقولات والعقارات بالمزاد العلنى او بالممارسة فى حدود ما تضمنه امر تعيينه . ويكون للمصفى وفقا للرأى الراجع كذلك الحق فى التصالح بشأن حقوق الشركة المتنازع عليها واللجوء الى التحكيم والتقاضى فيها^(١) .

ولا يجوز للمصفى ان يبيع موجودات الشركة بيعا جزائياً ولا ان يقدم الموجودات كحصة فى شركة اخرى دون موافقة الشركاء (مادة ٢٢٠) .

كما لا يجوز له ان يبدأ اعمالا جديدة للشركة الا ان تكون لازمة لاتمام اعمال سابقة ، والاعمال الجديدة الجائزة هى تلك التى تقتضيها ضرورة تنفيذ ارتباطات سابقة كانت ترتبط بها الشركة المصفاة ، كما إذا اقتضى تنفيذ عقد سابق شراء منقولات او اقتراض مبلغ من نقود او غير ذلك من التصرفات ومع ذلك فكتيرا ما ينص فى قرار انهاء الشركة على الاستمرار فى اعمال الشركة خلال فترة معينة من بداية التصفية على ان تنتهى هذه الاعمال فى تاريخ محدد . ويلتزم المصفى بالقيام بكافة الاجراءات التحفظية التى تضمن الاحتفاظ بموجودات الشركة كما يلتزم بتحصيل حقوق الشركة قبل الغير .

ومن التزامات المصفى كذلك سداد ديون الشركة (مادة ٢٢٢) ونظرا لان النظام لم يحدد اجراءات عامة تعينه لسداد الديون فانه يجوز ان يفى للدائنين بترتيب تقدمهم طبقا للقواعد العامة ما لم ينص امر تعيينه على قواعد خاصة لتحقيق المساواة بين الدائنين ويقع المصفى بتجنب المبالغ اللازمة لسداد الديون الآجلة أو المتنازع عليها وتكون للديون الناشئة عن عملية التصفية ذاتها اولوية على الديون الاخرى وفقا لاحكام 'النظام' (مادة ٢٢٢)

ومن الالتزامات الاساسية التى تقع على عاتق المصفى ان يشهر قرار تعيينه

(٢) هذا ما يأخذ به كذلك القضاء الفرنسى .

بطرق شهر عقد الشركة قبل بدء عمله (مادة ٢٢١) وإن يجرى خلال ثلاثة شهور من بدء العمل جرداً لكافة أصول الشركة وخصومها ، فضلاً عن ميزانية سنوية وحساب ارباح وخسائر وتقرير سنوى عن اعمال التصفية فضلاً عن حساب ختامى عند انتهاء التصفية (٢٢٣) . ولا تنتهى التزامات المصفى الا بانتهاء عملية التصفية ما لم يتم عزله وتعيين بديل .

المطلب الرابع

إنهاء عملية التصفية وقسمة موجودات الشركة

تنتهى التصفية باعتماد الشركاء أو الجمعية العمومية لحساب المصفى الختامى (مادة ٢٢٣/٣) ويجب ان يشهر المصفون انتهاء التصفية بالطرق المقررة لشهر الشركة وحسباً للمنازعات ودعماً لاستقرار المراكز القانونية انشأ النظام تقادماً قصيراً لمصلحة المصفين مدته ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ شهر انتهاء التصفية فلا يجوز بعد مضي هذه المدة أن تسمع الدعوى ضد المصفين بسبب اعمال التصفية (مادة ٢٢٦) ويسرى هذا التقادم على الدعوى المرفوعة على المصفين سواء من الشركاء أو من الغير اذ لم يفرق النظام فى شأن التقادم بين هذين النوعين من الدعاوى . وعندما تتحول موجودات الشركة الى نقود سائلة ويتم الوفاء بالديون تبدأ اجراءات القسمة بين الشركاء . ويحصل الشريك على قيمة الحصص كما هى مبينة فى العقد اذا كانت الحصص نقدية أو عينية . كما يحصل على ما يساوى قيمة هذه الحصص وقت تسليمها اذا لم تبين قيمتها فى العقد . اما الشريك بالعمل ، فانه لا يسترد شيئاً من رأس المال وان كان يسترد حريته فى توجيه نشاطه لاعمال اخرى وينتهى التزامه تجاه الشركة .

واذا تحقق فائض بعد استرداد الحصص وجبت قسمته بين الشركاء وفقاً لنصوص عقد الشركة أو بنسبة حصصهم فى رأس المال اذا لم يتضمن العقد نصوصاً فى هذا الشأن وذلك وفقاً للقواعد العامة ..

وفي الحالات التي لا يكفى فيها صافي مال الشركة للوفاء بحصص الشركاء توزع الخسارة عليهم جميعا بحسب النسبة المتفق عليها في توزيع الخسائر (مادة ٢٢٢/٣) . فاذا انتهت عمليات التصفية والقسمة انتهت العلاقات التي قامت بسبب إنشاء عقد الشركة وتنفى المادة (٢٢٦) من النظام الدعاوى ضد الشركاء بسبب اعمال الشركة او ضد المديرين أو اعضاء مجلس الادارة أو مراقبي الحسابات بسبب اعمال وظائفهم في الشركة التي تمت تصفيتها . وقد اقام المشرع السعودي بمقتضى هذا النص حكما عاما ينطبق على الشركات بجميع انواعها وهو التقادم الثلاثى للدعاوى الناشئة عن اعمال الشركة سواء كانت مرفوعة على الشركاء أو على مديري الشركة أو موظفيها تحقيقا لاستقرار المعاملات . ويحمى هذا التقادم القصير الشركاء والمديرين من رجوع الغير عليهم بسبب اعمال الشركة بعد فترة التقادم وقد قدر المشرع انه يجب ان يدرأ الشركاء والمديرون المطالبات التي تتفق ومقتضيات التجارة والتي قدرها المشرع بثلاث سنين اذ ان الوضع الطبيعي للامور الا يتاخر اصحاب الحقوق عن هذه الفترة خاصة وان المشرع يلزم شهر الاجراءات ليكون الغير على علم بها .



الباب الخامس

انواع الشركات وفقاً للنظام السعودي

سبق ان ذكرنا ان المشرع السعودي قد حدد الشركات التى يجوز للاشخاص اقامتها وهى اما شركات اشخاص أو شركات اموال او شركات مختلطة ..

وسنعرض فيما يلى لانواع الشركات الواردة فى النظام :

الفصل الأول

شركات التضامن

المبحث الأول : تعريف شركة التضامن

شركة التضامن هى الشركة التى تتكون من شريكين أو أكثر مسئولين بالتضامن فى جميع اموالهم عن ديون الشركة . (مادة ١٦) .
ويطابق هذا التعريف عناصر شركة التضامن فى كثير من تشريعات العالم الحديثة (١)

١ - يطابق هذا التعريف تعريف شركة التضامن فى القانون الفرنسى وفى معظم تشريعات الدول العربية وعلى وجه الخصوص القانون المصرى انظر المادة (٢٠) و (٢٢) من القانون التجارى المصرى ..

المبحث الثاني : خصائص شركة التضامن

ولشركة التضامن خصائص مميزة هي ان جميع الشركاء فيها مسئولون مسئولية مطلقة عن التزامات الشركة في جميع اموالهم ، وان حصة الشريك فيها غير قابلة للتداول وان للشركة عنوانا يتكون من اسماء الشركاء وان جميع الشركاء فيها يكتسبون صفة التاجر على نحو ما سبق ان اشرنا اليه .

وقد نص النظام على انه لا يجوز ان تكون حصص الشركاء ممثلة في صكوك قابلة للتداول . كما لا يجوز للشريك ان يتنازل عن حصته الا بموافقة جميع الشركاء أو بمراجعة الشروط الواردة في عقد الشركة . وفي هذه الحالة يشهر التنازل بالطرق المنصوص عليها في المادة (٢١) من النظام ، وقد نص النظام على بطلان (مادة ١٨) كل اتفاق على جواز التنازل عن الحصص دون قيد .

ويميز شركة التضامن عن غيرها من الشركات اسمها وعنوانها ويتكون اسم شركة التضامن وفقا لاحكام المادة (١٧) في النظام من اسم شريك واحد أو أكثر مقرونا بما ينبىء عن وجود شركة ويكون اسم الشركة مطابقاً للحقيقة فاذا اشتمل على اسم شخص اجنبى عن الشركة ويكون مع علمه بذلك كان هذا الشخص مسؤولاً بالتضامن عن ديون الشركة ..

المبحث الثالث : تكوين شركة التضامن

وتخضع شركة التضامن في تكوينها لاحكام العامة التى سبق ان عرضنا لدراستها ويجب ان تتوافر لها الاركان العامة لعقد الشركة وكذلك الاركان الخاصة .

وعند انشاء عقد الشركة يجب على مديرى الشركة خلال ثلاثين يوما من تأسيسها ان ينشروا ملخصا من عقدها في جريدة يومية توزع في المركز الرئيسى

للشركة وان يطلبوا في الميعاد المذكور قيد الشركة في سجل الشركات بمصلحة الشركات وعليهم فضلا على ذلك قيد الشركة في السجل التجارى وفقا لاحكام نظام السجل التجارى ويشهر بنفس الطرق السابقة كل تعديل يطرأ على بيانات الملخص المشار اليه (مادة ٢١) .

ويجب ان يشتمل ملخص عقد الشركة بصفة خاصة على بيانات معينة وفقا للمادة (٢٢) هي :

- ١ - اسم الشركة وغرضها ومركزها الرئيسى وفروعها ان وجدت .
- ٢ - اسماء الشركاء ومحال اقامتهم ومهنتهم وجنسياتهم .
- ٣ - رأس مال الشركة وتعريف كاف بالحصة التى تعهد كل شريك بتقديمها .
- ٤ - اسماء المديرين ومن لهم حق التوقيع نيابة عن الشركة .
- ٥ - تاريخ تأسيس الشركة ومدتها .
- ٦ - بدء السنة المالية وإنتهائها ..

المبحث الرابع : إدارة شركة التضامن

اذا لم يحدد الشركاء في عقد الشركة كيفية ادارتها فان كل شريك يعتبر مفوضا من باقى الشركاء في ادارة الشركة ويكون له ان يباشر اعمال الشركة دون الرجوع الى غيره من الشركاء على ان يكون لاي من الشركاء الاعتراض على أى عمل قبل القيام به ولاغلبية الشركاء ان ترفض الاعتراض . (انظر المواد ٢٤ ، ٢٥ و ٢٨ من النظام) .

والوضع الغالب ان يعين الشركاء مديرا يتفقون عليه في العقد أو بعد ابرامه كما يجوز ان يتفقوا على اكثر من مدير واحد . وفي هذه الحالة لا يجوز للشريك غير المدير ان يتدخل في ادارة الشركة ولكن يجوز للشريك ان يطلع بنفسه في مركز الشركة على سير اعمالها وان يفحص دفاترها ومستنداتها وان يستخرج

بنفسه بياناً موجزاً عن حالة الشركة المالية من واقع دفاتها ومستنداتها وإن يوجه النصح لمديرها وكل اتفاق على خلاف ذلك يعتبر باطلاً (مادة ٢٤) . وللمدير أن يباشر جميع أعمال الإدارة العادية التي تدخل في غرض الشركة ما لم ينص عقد الشركة على تقييد سلطته في هذا الخصوص . وله أن يتصالح على حقوق الشركة أو أن يطلب التحكيم إذا كان في ذلك مصلحة الشركة . وتلتزم الشركة بكل عمل يجريه المدير باسمها في حدود سلطته ولو استعمل المدير توقيع الشركة لحسابه إلا إذا كان من تعاقد معه سوء النية (مادة ٢٩) وهناك أعمال حظر النظام على المدير أو المديرين القيام بها إلا بموافقة الشركاء أو تطبيقاً لنص صريح في العقد ، ويسرى هذا الحظر بصفة خاصة على ما يأتي :-

١ - التبرعات ما عدا التبرعات الصغيرة المعتادة .
٢ - بيع عقارات الشركة إلا إذا كان هذا البيع مما يدخل في غرض الشركة .

٣ - رهن عقارات الشركة ولو كان مصرحاً له في عقد الشركة ببيع العقارات .

٤ - بيع متجر الشركة أو رهنه . (انظر المادة ٣٠) .
كذلك لا يجوز للمدير أن يتعاقد لحسابه الخاص مع الشركة إلا باذن خاص من الشركاء يصدر في كل حالة على حدة .
ولا يجوز له أن يمارس نشاطاً من نوع نشاط الشركة إلا بموافقة جميع الشركاء (انظر المادة ٣١) .

الفصل الثاني

شركة التوصية البسيطة

المبحث الأول: تعريف شركة التوصية البسيطة وتكوينها
تتكون شركة التوصية البسيطة من فريقين من الشركاء فريق يضم على

الاقل شريكا متضامنا مسئولاً في جميع امواله عن ديون الشركة وفريق اخر يضم على الاقل شريكا موصيا مسئولاً عن ديون الشركة بقدر حصته في رأس المال (مادة ٣٦) . وعلى ذلك يمكن تعريف شركة التوصية البسيطة بانها شركة اشخاص تتكون تحت عنوان واسم معين بين شريك أو أكثر مسئولين بالتضامن عن جميع التزاماتها في اموالهم الخاصة ويديرون الشركة وبين شريك أو أكثر موصين يسألون عن التزاماتها في حدود ما يقدمونه من حصص وتقيم شركة التوصية على الاعتبار الشخصي . ويجب لقيام شركة التوصية البسيطة ان تتوافر لها الاركان العامة والخاصة التي سبق ان عرضنا لدراستها ..

المبحث الثاني : خصائص شركة التوصية البسيطة

ولشركة التوصية خصائص معينة ، اولها انها تضم نوعين من الشركاء تختلف طبيعة التزاماتهم عن ديون الشركة فالشريك أو الشركاء المتضامنون مسئولون عنها بالتضامن في اموالهم الخاصة اما الشريك او الشركاء الموصون فلا يسألون عن هذه الالتزامات الا بمقدار ما يقدمون من حصص كذلك فان عنوان شركة التوصية لا يشتمل الا على الشركاء المتضامين ويكتسب الشريك المتضامن صفة التاجر ونظرا لان الشركة تقوم على الاعتبار الشخصي فلا يجوز للشريك فيها سواء كان متضامنا أو موصيا التنازل عن حصته لاجنبي عن الشركة الا برضاء جميع الشركاء .. ويتكون اسم وعنوان شركة التوصية البسيطة من اسم واحد أو أكثر من الشركاء المتضامين مقرونا بما ينبىء عن وجود شركة ولا يجوز ان يتكون من اسم احد الشركاء الموصين فاذا اشتمل اسم الشركة على اسم شريك موصى مع علمه بذلك اعتبر في مواجهة الغير شريكا متضامنا (مادة ٣٧) .

المبحث الثالث : إدارة شركة التوصية البسيطة

تسرى على ادارة شركة التوصية البسيطة بوجه عام الاحكام التي سبق ان

ذكرناها بالنسبة لادارة شركة التضامن . ولا يجوز للشريك الموصى التدخل في اعمال الادارة الخارجية ولو بناء على توكيل وانما يجوز له الاشتراك في اعمال الادارة الداخلية في الحدود التى ينص عليها عقد الشركة ولا يرتب هذا الاشتراك اى التزام فى ذمته .

واذا خالف الشريك الحظر المشار اليه كان مسئولاً بالتضامن فى جميع امواله عن الديون التى تترتب على ما اجراه من اعمال الادارة . واذا كانت الاعمال التى قام بها الشريك الموصى من شأنها ان تدعو لغير الى الاعتقاد بانه غير شريك متضامن اعتبر الشريك الموصى مسئولاً بالتضامن فى جميع امواله عن ديون الشركة (مادة ٣٨) .

واذا تعدد الشركاء المتضامنون فى شركة التوصية البسيطة اعتبرت الشركة بالنسبة لهم شركة تضامن . (٣٩) - وتسرى على شركة التوصية البسيطة بوجه عام احكام شركات التضامن فيما لا يتنافى مع خصائصها الاساسية . وقد نص النظام صراحة فى المادة (٣٩) على سريان احكام شركات التضامن على الشركات المذكورة الاحكام الاتية :-

- ١ - الاحكام المتعلقة بشكل الحصص وبالتنازل عنها .
- ٢ - احكام الشهر ولكن لا يلزم ان يشتمل ملخص شركة التوصية البسيطة على اسماء الشركاء الموصين وانما يجب ان يشتمل على تعريف كاف بالحصص التى تعهدوا بها وعلى بيان قيمتها .
- ٣ - الاحكام المنظمة لعلاقات الشركاء والمنصوص عليها فى المواد (٤٣ و ٣٤ و ٢٥ و ٢٦) .
- ٤ - الاحكام المتعلقة بادارة الشركة والمنصوص عليها فى المواد من (٢٧ الى (٣٤) .
- ٥ - الاحكام المتعلقة باسباب الانقضاء والمنصوص عليها فى المادة (٣٥) .

الفصل الثالث

شركة المحاصة^(١)

المبحث الأول : تعريف شركة المحاصة وتكوينها

شركة المحاصة شركة تجارية يتم ابرامها بين شخصين أو أكثر على أن تكون الشركة قاصرة على العلاقة بين الشركاء ، فلا تسرى في حق الغير .

والشركة المحاصة هي الشركة التي تستتر على الغير ولا تتمتع بشخصية اعتبارية ولا تخضع لاجراءات الشهر (مادة ٤٠) . وشركة المحاصة ليس لها كيان قانوني بالنسبة الى الغير وعلى ذلك نص النظام على انها شركة مستترة ليس لها شخصية معنوية وهي تتعقد بين شخصين او اكثر يقدم كل منهم حصة من مال او عمل بقصد اقتسام الارباح والخسائر ويقوم باعمالها احد الشركاء وليس لها راس مال ولا عنوان أو اسم .

وتظهر شركة المحاصة في صور كثيرة كسواء المحصولات الموسمية وبيعها والمضاربة على السلع التي يتوقع ارتفاع مفاجيء في اسعارها وتربية الماشية وبيعها وشراء صفقات منقولات او بضائع وتقسم حصيلة البيع بين الشركاء وتتكون شركات المحاصة غالبا للقيام بعمليات مؤقتة ولفترة قصيرة ولكن ذلك لا يحدث دائما .

المبحث الثاني : خصائص شركة المحاصة

ابرز ما تتميز به شركة المحاصة انها شركة خفية مستترة ليس لها وجود ظاهر

(١) كانت هذه الشركات تسمى الشركات المؤقتة أو الشركات المجهولة لأنها تتعقد في الغالب لمدة مؤقتة ولأنها مستترة عن الغير .

بالنسبة الى الغير ، ووجودها مقتصر على الشركاء فيها وفيما عدا هذا فهي شركة من شركات الاشخاص لها خصائص هذه الشركات بوجه عام .
ويبقى كل شريك مالكا للحصة التي تعهد بتقديمها مالم ينص عقد الشركة على خلاف ذلك (مادة ٤٢) . ويحدد عقد شركة المحاصة غرضها وحقوق والتزامات الشركاء وكيفية توزيع الارباح والخسائر بينهم (مادة ٤٣) . ويجوز اثبات شركة المحاصة بجميع الطرق بما في ذلك البيّنة (مادة ٤٥) وليس للغير حق الرجوع الا على الشريك الذي تعامل معه ، واذا صدر من الشركاء عمل يكشف للغير عن وجود الشركة جاز اعتبارها بالنسبة اليه شركة تضامن واقعية (٤٦) .

المبحث الثالث : إدارة شركة المحاصة

قد يتفق الشركاء على ان يدير شركة المحاصة احدهم ولكن هذا المدير ليس ممثلا قانونيا للشركة وانما يتعامل مع الغير باسمه الخاص فيكون وحده الدائن والمدين في مواجهة الغير ويشترط في المدير توفر اهلية القيام بالاعمال التجارية لانه يتعامل كما لو كان تاجرا وله القيام باعمال الادارة والتصرفات التي تدخل في الغرض الذي من اجله تكونت الشركة . . ويخضع عزل المدير للاحكام العامة في عزل مدير شركة الاشخاص مالم يتفق على غير ذلك .
وقد يتفق الشركاء على ان يشتركوا جميعا في الادارة فيوقعون جميعا على العقود ويلتزمون بتعهداتها مع بقاء الشركة مستترة لاجودها الا فيما بينهم ويلتزمون في مواجهة الغير على وجه التضامن كذلك قد يلتزم الشركاء في مواجهة الغير اذا وكلوا احدهم في ان يعمل باسمهم جميعا .
وتوزع الارباح والخسائر وفقا للشروط التي يتضمنها عقد الشركة واذا لم يتضمن العقد شروطا بذلك توزع الارباح والخسائر وفقا للقواعد العامة .

الفصل الرابع شركة المساهمة

المبحث الأول : تعريف شركة المساهمة

شركة المساهمة هي الشركة التي يقسم رأس مالها على أسهم متساوية القيمة قابلة للتداول ويكون المساهم فيها مسئولاً عن التزامات الشركة بمقدار حصته في رأس المال ، وليس للشركة المساهمة عنوان يتألف من أسماء الشركاء وإنما يكون لها اسم تجارى ينبىء عن الغرض من تكوينها .
وقد عرف المشرع السعودى شركة المساهمة بأنها الشركة التي ينقسم رأس مال الشركة المساهمة الى اسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول ولايسأل الشركاء فيها الا بقدر قيمة اسهمهم ولايجوز ان يقل عدد الشركاء في هذه الشركة عن خمسة (انظر المادة ٤٨) .

المبحث الثاني : خصائص شركة المساهمة

للشركة المساهمة عدة خصائص يمكن اجمالها فيما ياتى :
اولا : انقسام رأس مالها الى اسهم متساوية : يعد ابرز مايميز هذه الشركة هو انقسام رأس مالها الى اسهم متساوية القيمة .
ثانيا : تحديد مسئولية كل شريك بقيمة السهم : لايسأل الشركاء في الشركات المساهمة عن التزامات الشركة الا بمقدار قيمة ما اكتسبوا به من اسهم .
ثالثا : شركة المساهمة تتمتع باسم تجارى لايشار فيه ولايتضمن اسماً او اسماً للشركاء : ويستمد اسم هذه الشركة من غرضها .

رابعا : تؤسس الشركة المساهمة بمرسوم ملكى : نظرا للأهمية الاقتصادية لهذا النوع من الشركات وحماية للادخار العام فان هذا النوع من الشركات يتطلب تأسيسه اتخاذ اجراءات خاصة تنتهى بصدر مرسوم ملكى بعد موافقة مجلس الوزراء وبناء على عرض وزير التجارة .

خامسا : تتولى جهات متعددة الاشتراك فى ادارة الشركة المساهمة : إذ يقوم مجلس الادارة بالتصرفات التى تستوجبها الادارة تحت رقابة الجمعية العمومية العادية للمساهمين ، وتتخذ القرارات الهامة من الجمعية العمومية غير العادية وتتولى جهات اخرى التنفيذ كما تتولى بعض الجهات الاخرى الرقابة والاشراف .

المبحث الثالث : تأسيس الشركة المساهمة

يبدأ المؤسسون عادة عندما تستقر فى أذهانهم فكرة تكوين الشركة المساهمة بإبرام عقد ابتدائى يلتزم بمقتضاه كل منهم بالسعى لانقاص اجراءات تأسيس الشركة وبالإضافة الى العقد الابتدائى يحضر المؤسسون عقدا تأسيسيا يشتمل على بيانات العقد الابتدائى بالإضافة الى الاحكام الهامة الاخرى والخاصة بالشركة كالفرض من الشركة ورأس مالها وقيمة الاسهم وقواعد الادارة وكيفية توزيع الارباح والخسائر كذلك يحضر المؤسسون نظام الشركة الذى يعتبر دستور حياتها ويتضمن نظام الشركة ملخصا لأهم شروطها الأصلية الواردة فى عقد التأسيس وذلك لتمكين الغير من معرفة شروط الشركة الاساسية .

ويجرى العمل عادة على أن نظام الشركة يتضمن نفس شروط عقد التأسيس ولايرز الفرق بينهما الا عندما تتم تعديلات على عقد التأسيس اذ ترقق فى هذه الحالة الشروط الجديدة المعدلة للعقد ومن ثم يمكن من الاطلاع عليه معرفة الشروط الاصلية وما طرأ عليها من تعديلات بينا لاتضاف التعديلات الى نظام الشركة وانما يعاد طبعه وفقا للشروط المعدلة وعندئذ يعتبر

صورة تمثيل عقد الشركة بعد ماتم عليه من تعديلات .

ولا يجوز تأسيس شركة المساهمة الا بترخيص يصدر به مرسوم ملكي بناء على موافقة مجلس الوزراء وعرض وزير التجارة والصناعة . ويقدم طلب الترخيص موقعا عليه من خمسة شركاء على الاقل وفقا للاوضاع التي يصدر بها قرار من وزير التجارة والصناعة . ويبين في الطلب كيفية الاكتتاب برأس مال الشركة وعدد الاسهم التي قصرها المؤسسون على انفسهم ومقدار ما اكتتب به كل منهم . ويرفق به صورة من عقد الشركة ونظامها . موقعا على كل صورة من الشركاء وغيرهم من المؤسسين .

ويقيد الطلب المذكور في السجل الذي تعده لذلك مصلحة الشركة وللمصلحة المذكورة ان تطلب ادخال تعديلات على نظام الشركة ليكون متفقا مع احكام هذا النظام أو ليكون مطابقا للأموذج الذي يصدر به قرار وزير التجارة وفقا للمادة (٥١) من النظام .

ويجوز ان يقصر المؤسسون على انفسهم الاكتتاب بجميع الاسهم . فاذا لم يقصر المؤسسون على انفسهم الاكتتاب بجميع الاسهم كان عليهم أن يطرحوا للاكتتاب العام الاسهم التي لم يكتتبوا بها وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ نشر المرسوم الملكي المرخص بتأسيس الشركة في الجريدة الرسمية ولوزير التجارة والصناعة ان يأذن عند الضرورة بمد هذا الميعاد بمدة لا تتجاوز ثلاثين يوما (مادة ٥٤) .

وينقسم رأس مال الشركة المساهمة الى اسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول (مادة ٤٨) .

ولا يقل رأس مال الشركة المساهمة عن مليون ريال سعودي اذا طرحت اسهمها للتداول ، اما في غير هذه الحالة فلا يقل رأس مالها عن مائتي الف ريال .

ولا يجوز ان يقل المدفوع من رأس المال عند تأسيس الشركة عن النصف ولا تقل قيمة السهم عن خمسين ريالا سعوديا (مادة ٤٩) .

وفي حالة توجيه الدعوة للاكتتاب العام للجمهور فانه يجب ان يتم ذلك عن طريق البنوك التي يعينها وزير التجارة والصناعة .
ويودع المؤسسون لدى البنوك المذكورة نسخا كافية من نظام الشركة .
وتكون الدعوة للاكتتاب العام بنشرة تشتمل بصفة خاصة على البيانات الآتية :

- ١ - اسماء المؤسسين ومحال اقامتهم ومهنتهم وجنسياتهم .
 - ٢ - اسم الشركة وغرضها ومركزها الرئيسى .
 - ٣ - مقدار رأس المال المدفوع ونوع الاسهم وقيمتها وعددها ومقدار ما طرح منها للاكتتاب العام وما اكتب به المؤسسون والقيود المفروضة على تداول الاسهم .
 - ٤ - المعلومات الخاصة بالحصص العينية والحقوق المقررة لها .
 - ٥ - المزايا الخاصة الممنوحة للمؤسسين أو لغيرهم .
 - ٦ - طريقة توزيع الارباح .
 - ٧ - بيان تقديرى لنفقات تأسيس الشركة .
 - ٨ - تاريخ بدء الاكتتاب ونهايته ومكانه وشروطه .
 - ٩ - طريقة توزيع الاسهم على المكتتبين اذا زاد عدد الاسهم المكتتب بها على العدد .
 - ١٠ - تاريخ صدور المرسوم الملكى المرخص بتأسيس الشركة ورقم عدد الجريدة الرسمية الذى نشر فيه . ويوقع هذه النشرة المؤسسون الذين وقعوا طلب الترخيص .
- ويكونون مسئولين بالتضامن عن صحة البيانات الواردة فيها وعن استيفائها البيانات المشار اليها فى الفقرة الثالثة من هذه المادة .
وتعلن نشرة الاكتتاب فى جريدة يومية توزع فى المركز الرئيسى قبل تاريخ بدء الاكتتاب بخمسة ايام على الاقل . (مادة ٥٥) .
ويظل الاكتتاب مفتوحا مدة لاتقل عن عشرة ايام ولا تتجاوز تسعين يوما

ولا يتم تأسيس الشركة الا اذا اكتب بكل رأس المال .
وإذا لم يكتب بكل رأس المال في المدة المذكورة جاز باذن من وزير التجارة والصناعة مد فترة الاكتتاب مدة لا تزيد على تسعين يوما (مادة ٥٦) .
ويوقع المكتب أو من ينوب عنه وثيقة تشتمل بصفة خاصة على اسم الشركة وغرضها ورأس مالها وشروط الاكتتاب واسم المكتب وعنوانه ومهنته وجنسيته وعدد الاسهم التي يكتب بها وتعهد المكتب بقبول نظام الشركة كما تقره الجمعية التأسيسية (مادة ٥٧) .
ويكون الاكتتاب منجزا غير معلق على شرط ويعتبر اى شرط يضعه المكتب كانه لم يكن .

ولا يجوز ان يقل المدفوع من قيمة كل سهم نقدى عند الاكتتاب عن ربع قيمته الاسمية ويؤشر على السهم بالقدر المدفوع من قيمته . وتودع حصيلة الاكتتاب باسم الشركة تحت التأسيس أحد البنوك التي يعينها وزير التجارة والصناعة ولا يجوز تسليمها الا لمجلس الادارة بعد اعلان تأسيس الشركة (مادة ٥٨) .

واذا جاوز عدد الاسهم المكتب بها العدد المطروح للاكتتاب وزعت الاسهم على المكتبتين بنسبة ما اكتب به كل منهم (مادة ٥٩) .
واذا تم تأسيس الشركة فلا بد من اتخاذ اجراءات نشرها في الجريدة الرسمية وينشر في الجريدة الرسمية على نفقة الشركة قرار وزير التجارة والصناعة باعلان تأسيسها مرفقا به صورة من عقدها ومن نظامها .
وعلى اعضاء مجلس الادارة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ القرار المذكور ان يطلبوا قيد الشركة في سجل الشركات بمصلحة الشركات . ويشتمل هذا القيد بصفة خاصة على البيانات الآتية :

- ١ - اسم الشركة وغرضها ومركزها الرئيسى ومدتها .
- ٢ - اسماء المؤسسين ومحال اقاماتهم ومهنتهم وجنسياتهم .

٣ - نوع الاسهم وقيمتها وعددها ومقدار ما طرح منها للاكتتاب العام وما اكتب به المؤسسون ومقدار رأس المال المدفوع والقيود المفروضة على تداول الاسهم .

٤ - طريقة توزيع الارباح والخسائر .

٥ - البيانات الخاصة بالحصص العينية والحقوق المقررة لها والمزايا الخاصة للمؤسسين أو لغيرهم .

٦ - تاريخ المرسوم الملكي المرخص بتأسيس الشركة ورقم عدد الجريدة الرسمية الذى نشر فيه .

٧ - تاريخ قرار وزير التجارة والصناعة باعلان تأسيس الشركة ورقم عدد الجريدة الرسمية الذى نشر فيه .

وعلى أعضاء مجلس الادارة كذلك ان يقيدوا الشركة فى السجل التجارى وفقا لاحكام نظام السجل التجارى .

وببذل المؤسسون جهدا كبيرا غير عادى أو يقدمون براءات اختراع أو ماشابه ذلك مما يسهم فى اخراج الشركة الى حيز الوجود .

ولذلك فقد جرى العمل احيانا على تعويضهم فى صورة حصص تأسيس . ويجوز للشركة المساهمة بناء على نص نظامها ان تصدر حصص تأسيس لمن قدم اليها عند التأسيس أو بعد ذلك ، براءة اختراع أو التزاما حصل عليه من شخص اعتبارى عام وتكون هذه الحصص اسمية أو لحاملها .

ولا تدخل حصص التأسيس فى تكوين رأس المال ولا يشترك أصحابها فى إدارة الشركة أو فى إعداد الحسابات أو فى جمعيات المساهمين .

وتسرى على هذه الحصص قرارات جمعيات المساهمين الصادرة وفقاً لأحكام هذا النظام أو نصوص نظام الشركة . بما فى ذلك القرارات الخاصة بالاستهلاكات والاحتياطات ايا كان نوعها وايا كانت مبالغها ومدد الشركة أو حل الشركة قبل مدتها المحددة أو زيادة رأس المال أو تخفيضه أو استهلاك اسهم رأس المال أو شراء اسهم الشركة أو اصدار أسهم لها أولوية فى الأرباح .

المبحث الرابع : إدارة الشركة المساهمة

يدير شركة المساهمة مجلس إدارة يحدد نظام الشركة عدد أعضائه بشرط ألا يقل عن ثلاثة .

وتعين الجمعية العامة العادية أعضاء مجلس الإدارة للمدة المنصوص عليها في نظام الشركة بشرط ألا تتجاوز ثلاث سنوات (مادة ٦٦) .

ويجب أن يكون عضو مجلس الإدارة مالكا لعدد من أسهم الشركة لا يقل عن مائتين وتودع هذه الأسهم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تعيين العضو احد البنوك التي يعينها وزير التجارة والصناعة ، وتخصص هذه الأسهم لضمان مسئولية أعضاء مجلس الإدارة وتظل غير قابلة للتداول إلى أن تنقضى المدة المحددة لسماح دعوى المسئولية التي ترفع عليه بمناسبة أخطائه أو إلى أن يفصل في الدعوى المذكورة .

وإذا لم يقدم عضو مجلس الإدارة أسهم الضمان في الميعاد المحدد لذلك بطلت عضويته ، وعلى مراقب الحسابات أن يتحقق من مراعاة حكم هذه المادة وأن يضمن تقريره إلى الجمعية العامة أية مخالفة في هذا الشأن (مادة ٦٨) . ولا يجوز أن يكون لعضو مجلس الإدارة أية مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في الأعمال والعقود التي تتم لحساب الشركة إلا بترخيص من الجمعية العامة العادية يجدد كل سنة .

ويستثنى من ذلك الأعمال التي تتم بطريق المناقصات العامة إذا كان عضو مجلس الإدارة صاحب العرض الأفضل .

وعلى عضو مجلس الإدارة أن يبلغ المجلس بماله من مصلحة شخصية في الأعمال والعقود التي تتم لحساب الشركة . ويثبت هذا التبليغ في محضر الاجتماع ولا يجوز للعضو ذي المصلحة الاشتراك في التصويت على الإقرار الذي يصدر في هذا الشأن (مادة ٦٩) .

ويعين مجلس الادارة من بين اعضائه رئيساً وعضواً منتدباً ويجوز أن يجمع عضو واحد بين مركز رئيس المجلس ومركز العضو المنتدب .

ويبين نظام الشركة اختصاصات رئيس المجلس والعضو المنتدب والمكافأة الخاصة التي يحصل عليها كل منهما بالاضافة إلى المكافأة المقررة لأعضاء المجلس وإذا خلا نظام الشركة من أحكام في هذا الشأن تولى مجلس الادارة توزيع الاختصاصات وتحديد المكافأة الخاصة .

ويعين مجلس الادارة سكرتيراً يختاره من بين اعضائه أو من غيرهم ويحدد اختصاصاته ومكافأته ، إذا لم يتضمن نظام الشركة أحكاماً في هذا الخصوص . ولا تزيد مدة رئيس المجلس والعضو المنتدب والسكرتير عضو مجلس الادارة عن مدة عضوية كل منهم في المجلس . ويجوز دائماً إعادة تعيينهم مالم ينص نظام الشركة على غير ذلك . وللمجلس في كل وقت أن يعزلهم جميعهم أو بعضهم دون اخلال بحقوقهم في التعويض إذا وقع العزل بغير مبرر مقبول أو في وقت غير لائق (مادة ٧٩) .

ويجتمع مجلس الادارة بدعوى من رئيسه وفقاً للأوضاع المنصوص عليها في نظام الشركة ومع ذلك وبصرف النظر عن أى نص يخالف في نظام الشركة يجب على رئيس المجلس أن يدعوه إلى الاجتماع متى طلب إليه ذلك اثنان من الأعضاء .

ولا يكون اجتماع المجلس صحيحاً إلا إذا حضره نصف الأعضاء على الأقل بشرط الا يقل عدد الحاضرين عن ثلاثة ، مالم ينص نظام الشركة على نسبة أو عدد أكبر . ولا يجوز لعضو مجلس الادارة أن ينيب عنه غيره من الأعضاء في حضور الاجتماع إلا إذا نص على ذلك نظام الشركة .

وتعتبر أول جمعية عامة تعقد في حياة الشركة هي الجمعية العامة وهي التي تصدق على نظام الشركة وتنتخب مجلس الادارة الأول ومراقبي الحسابات .

ويسجل المساهمون الذين يرغبون في حضور الجمعية العامة أو الخاصة أسماؤهم بمركز الشركة إلى الوقت المحدد لانعقاد الجمعية مالم ينص نظام الشركة على غير ذلك .

ويحرر عند انعقاد الجمعية كشف بأسماء المساهمين الحاضرين والممثلين ومحال اقامتهم مع بيان عدد الأسهم التى فى حياتهم بالاصالة أو بالوكالة وعدد الأصوات المخصصة لها ويكون لكل ذى مصلحة الاطلاع على هذا الكشف (مادة ٩٠) .

ولا يكون انعقاد الجمعية العامة العادية صحيحاً إلا إذا حضره مساهمون يمثلون نصف رأس مال الشركة على الأقل ، مالم ينص نظام الشركة على نسبة أعلى . فإذا لم يتوفر هذا النصاب فى الاجتماع الأول ، وجهت دعوة الى اجتماع ثان يعقد خلال الثلاثين يوماً التالية للاجتماع السابق ويعتبر الاجتماع الثانى صحيحاً أى كان عدد الأسهم المثلة فيه (مادة ٩١) .

وتصدر قرارات الجمعية العامة العادية بالأغلبية المطلقة للأسهم المثلة فى الاجتماع مالم ينص نظام الشركة على نسبة أعلى .

ولا يكون اجتماع الجمعية العامة غير العادية صحيحاً إلا إذا حضره مساهمون يمثلون نصف رأس المال على الأقل مالم ينص نظام الشركة على نسبة أعلى .

وتصدر قرارات الجمعية العامة غير العادية بأغلبية ثلثى الاسهم المثلة فى الاجتماع (مادة ٩٢) .

وتختص الجمعية العامة العادية بجميع الأمور المتعلقة بالشركة وتنعقد مرة على الأقل في السنة خلال الستة الشهور التالية لانتهاء السنة المالية للشركة ويجوز دعوة جمعيات عامة عادية أخرى كلما دعت الحاجة الى ذلك (مادة ٨٤) .

وتختص الجمعية العامة غير العادية بتعديل نظام الشركة باستثناء الأمور الآتية :

- ١ - التعديلات التى من شأنها حرمان المساهم من حقوقه الأساسية التى يستمدها بوصفه شريكا فى الشركة من احكام هذا النظام أو من نظام الشركة : وهى الحقوق المنصوص عليها فى المادتين (١٠٧ ، ١٠٨) .
 - ٢ - التعديلات التى من شأنها زيادة الاعباء المالية للمساهمين .
 - ٣ - تعديل غرض الشركة .
 - ٤ - نقل المركز الرئيسى للشركة المؤسسة فى المملكة الى بلد أجنبى .
 - ٥ - تعديل جنسية الشركة .
- وكل نص على خلاف ذلك يعتبر كأن لم يكن . وللجمعية العامة غير العادية فضلا عن الاختصاصات المقررة لها ان تصدر قرارات فى الأمور الداخلية اصلا فى اختصاص الجمعية العامة العادية وذلك بنفس الشروط والأوضاع المقررة للجمعية الأخيرة (مادة ٨٥) .
- ويجوز وفقا لاحكام النظام زيادة رأس مال الشركة (انظر المواد ١٣٤ وما بعدها) .
- كما يجوز تخفيض رأس المال وفقا لاحكام المواد (١٤٢) وما بعدها .
- وتنقضى الشركة المساهمة بسبب خاص نص عليه النظام فى المادة (١٤٨) وهو اذا بلغت خسائر الشركة ثلاثة ارباع رأس المال .

الفصل الخامس

شركة التوصية بالأسهم

المبحث الأول

تعريف شركة التوصية بالأسهم وخصائصها

شركة التوصية بالأسهم هي شركة يقسم رأس مالها الى أسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول بالطرق التجارية ، ويكون شركاؤها شريكاً أو أكثر مسئولاً بالتضامن عن جميع التزاماتها في امواله الخاصة . ، وتقتصر ادارتها على الشريك أو الشركاء المتضامين ويكون لها عنوان يشتمل على اسم أو أسماء الشركاء المتضامين .

وقد نص النظام على ان تتكون شركة التوصية البسيطة من فريقين :
فريق يضم على الأقل شريكة متضامناً مسئولاً في جميع امواله عن ديون الشركة ، وفريق آخر يضم شركاء مساهمين لا يقل عددهم عن اربعة ولا يسألون عن ديون الشركة الا بقدر حصصهم في رأس المال (مادة ١٤٩) .
ولا يجوز ان يقل رأس مال شركة التوصية بالأسهم عن مائة ألف ريال سعودي كما لا يجوز ان لا يقل المدفوع منه عند تأسيس الشركة عن النصف .
ويقسم رأس مال الشركة الى أسهم متساوية القيمة قابلة للتداول وغير قابلة للتجزئة ولا تقل قيمة السهم عن خمسين ريالاً سعودياً .
ويوقع جميع الشركاء المتضامين وغيرهم من المسئولين عقد الشركة ونظامها وتبين الشركة اسماء الشركاء المتضامين ومحال اقامتهم وجنسياتهم واسماء من تعينهم مديريين للشركة :

ويصدر وزير التجارة والصناعة قراراً بالنموذج لنظام التوصية بالأسهم ولا تجوز مخالفة هذا النموذج الا لأسباب يقرها الوزير المذكور . (مادة ١٥١) .

المبحث الثاني : إدارة شركة التوصية بالأسهم

يدير شركة التوصية بالأسهم شريك متضامن أو أكثر وتسرى على سلطتهم ومسئولياتهم وعزلهم احكام المديرين في شركة التضامن (مادة ١٥٢) .

ولا يكون عزل رئيس الشركة الا باجماع الآراء وذلك لما ينطوى عليه ذلك من تعديل لعقد الشركة .

ويترتب على انسحاب احد الشركاء المتضامين او وفاته أو الحجر عليه أو اشهار افلاسه أو اعساره انقضاء الشركة .

وتعين الجمعية العامة للمساهمين فور تأسيس الشركة مجلس رقابة من ثلاثة مساهمين على الأقل ، ولا يكون للشركاء المتضامين رأى في هذا التعيين ، وللجمعية المذكورة ان تجدد تعيين اعضاء مجلس الرقابة أو أن تعزلهم وفقا للأحكام المنصوص عليها في نظام الشركة . وعلى مجلس الرقابة ان يراقب اعمال الشركة وان يبدى الرأى في الأمور التي يعرضها عليه مدير الشركة وفي التصرفات التي يعلق نظام الشركة مباشرتها على إذن سابق من المجلس المذكور .

ولمجلس الرقابة ان يدعو الجمعية العامة للمساهمين للانعقاد اذا تبين وقوع مخالفة جسيمة في ادارة الشركة . ويقدم المجلس الى الجمعية العامة للمساهمين في نهاية كل سنة مالية تقريراً عن نتائج رقابته على اعمال الشركة .

ولا يسأل اعضاء مجلس الرقابة عن اعمال المديرين او نتائجها الا اذا علموا بما وقع من اخطاء واهملوا اخطار الجمعية العامة بها .

الفصل السادس

الشركة ذات المسؤولية المحدودة

المبحث الأول تعريف الشركة ذات المسؤولية المحدودة
وخصائصها

الشركة ذات المسؤولية المحدودة شركة يقسم رأس مالها الى حصص

متساوية القيمة ولا يكون الشريك فيها مسئولاً الا بقدر حصته في رأس المال وهذه الحصّة لا تتخذ شكل السهم ولا تكون قابلة للتداول بالطرق التجارية ، وانما يخضع تداولها لبعض القيود .

وقد عرف المشرع الشركة ذات المسؤولية المحدودة بأنها الشركة التي تتكون من شريكين أو أكثر مسئولين عن ديون الشركة بقدر حصصهم في رأس المال ، ولا يزيد عدد الشركاء في هذه الشركة عن خمسين (مادة ١٥٧) .

يقبل رأس مال الشركة ذات المسؤولية المحدودة عن خمسين ألف ريال سعودى ويقسم رأس المال الى حصص متساوية القيمة ولا يجوز ان تكون هذه الحصص ممثلة في صكوك قابلة للتداول .

وتكون الحصّة غير قابلة للتجزئة ، فاذا تملك الحصّة اشخاص متعددون جاز للشركة ان توقف استعمال الحقوق المتصلة بها الى ان يختار مالكو الحصّة من بينهم من يعتبر مالكا منفردا لها في مواجهة الشركة ويجوز للشركة ان تحدد هؤلاء ميعادا لاجراء هذا الاختيار والا كان من حقها بعد انقضاء الميعاد المذكوران تباع الحصّة لحساب مالكيها وفي هذه الحالة تعرض الحصّة على الشركاء ثم على الغير . ولا يجوز للشركة ذات المسؤولية المحدودة ان تلجأ الى الاكتتاب لتكوين رأسهاها أو لزيادته أو للحصول على قرض مادة ١٥٨) .

ولا يجوز ان يكون غرض الشركة ذات المسؤولية المحدودة القيام باعمال التأمين او الادخار أو البنوك .

ويجوز ان يكون غرض الشركة ذات المسؤولية المحدودة القيام باعمال التأمين أو الادخار أو البنوك .

ويجوز ان يكون اسم الشركة ذات المسؤولية المحدودة اسم شريك واحد واكثر ويجوز ان يكون ذلك الاسم مشتقا من غرضها .

تؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة بمقتضى عقد يوقعه جميع الشركاء ويشتمل العقد المذكور على البيانات التى يصدر بتحديدها قرار من وزير التجارة والصناعة على ان يكون من بينها البيانات الآتية :

- ١ - نوع الشركة واسمها وغرضها ومركزها الرئيسى .
- ٢ - اساء الشركاء ومحال اقامتهم ومهنتهم وجنسياتهم .
- ٣ - اساء المديرين سواء أكانوا من الشركاء أو من غيرهم .
- ٤ - اساء اعضاء مجلس الرقابة ان وجد .
- ٥ - مقدار رأس المال ومدار الحصص النقدية والحصص العينية ووصف تفصيلي للحصص العينية وقيمتها واساء مقدميها .
- ٦ - اقرار الشركاء بتوزيع جميع حصص رأس المال والوفاء بقيمة هذه الحصص كاملة .
- ٧ - طريقة توزيع الأرباح .
- ٨ - تاريخ بدء الشركة وتاريخ انتهائها .
- ٩ - شكل التبليغات التى قد توجهها الشركة الى الشركاء .
- ١٠ - أبرز خصائص هذه الشركة المسئولية المحدودة للشركاء ، كذلك فمن الخصائص الهامة لهذه الشركة تحديد عدد الشركاء ، فضلا عن جواز التنازل عن حصص الشركاء .

المبحث الثانى : إدارة الشركة ذات المسئولية المحدودة

وضع المشرع قواعد ادارة الشركة على نسق ادارة شركة المساهمة مع مراعاة حجم المشروعات التى تقوم بها ، فهى عادة المشروعات الصغيرة والمتوسطة ، ومن ثم اضى عليها قدرا من المرونة والتيسير . ويتولى إدارة الشركة شريك أو أكثر ، من بين الشركاء أو من غيرهم وإلى جانبهم جمعية عامة تضم جميع الشركاء تختص بما يخرج عن نطاق سلطات المدير أو المديرين .

ويجوز ان ينص عقد الشركة على تكوين مجلس ادارتها من المديرين اذا تعددوا وفى هذه الحالة يحدد العقد طريقة العمل فى هذا المجلس والأغلبية اللازمة لقراراته وتعتمد الشركة باعمال المديرين التى تدخل فى حدود سلطتهم المشهر

عنها لأحكام المادة () (مادة ١٦٧) .

ولا يجوز عزل المديرين المعيّنين في عقد الشركة أو في عقد مستقل إلا لمسوغ شرعى ويسأل المديرون بالتضامن عن تعويض الضرر الذى يصيب الشركة أو الشركاء أو الغير بسبب مخالفة احكام هذا النظام أو نصوص عقد الشركة أو بسبب ما يصدر عنهم من اخطاء في أداء عملهم ، ويعد هذا الحكم من النظام العام ومن ثم لا يجوز الاتفاق على مخالفته .

وفى عدا حالتى الغش والتزوير يترتب على موافقة الشركاء على ابراء ذمة المديرين من مسئولية ادارتهم انقضاء دعوى المسئولية المقررة للشركة . وفى جميع الاحوال لا تسمع الدعوى المذكورة بعد انقضاء سنة من تاريخ تلك الموافقة (مادة ١٦٨) .

ويكون للشركة ذات المسئولية المحدودة مراقب حسابات أو أكثر وفقا للاحكام المقررة في باب شركة المساهمة .

واذا زاد عدد الشركاء عن عشرين وجب النص في عقد الشركة على تعيين مجلس رقابة من ثلاثة شركاء على الأقل . واذا طرأت هذه الزيادة بعد تأسيس الشركة وجب على الشركاء ان يقوموا في اقرب وقت بهذا التعيين (مادة ١٧٠) . وترتب الحصص حقوقا متساوية في الأرباح الصافية وفى فائض النصفية ما لم ينص عقد الشركة على غير ذلك .

ويكون لكل شريك حق الاشتراك فى المداولات وفى التصويت وعدد من الأصوات يعادل عدد الحصص التى يمتلكها ، ولا يجوز الاتفاق على غير ذلك . يجوز لكل شريك ان يوكل عنه كتابة شريكا آخر من غير المديرين فى حضور اجتماعات الشركاء وفى التصويت ، ما لم ينص عقد الشركة على غير ذلك .

وللشريك غير المدير فى الشركة التى لا يوجد بها مجلس رقابة ان يوجه النصح للمديرين وله ايضا ان يطلب الاطلاع فى مركز الشركة على اعمالها وفحص دفاترها .

الفصل السابع

الشركة ذات رأس المال القابل للتغيير

يجوز ان تنص اى شركة فى عقدها على أن رأسها قابل للزيادة بمدفوعات جديدة من الشركاء أو بانضمام شركاء أو قابل للتخفيض باسترداد الشركاء حصصهم فى رأس المال .
ويجب فى هذه الحالة شهر هذا النص بطرق الشهر المقررة لنوع الشركة (مادة ١٨١) .

ولا تخضع زيادة رأس المال أو تخفيضه فى الشركة ذات رأس المال القابل للتغيير لأية شروط أو اجراءات خاصة . ما لم ينص عقد الشركة او نظامها على غير ذلك (مادة ١٨٣)

ولا يزيد رأس مال الشركة عند التأسيس عن خمسين الف ريال سعودى ويجوز ان يرد رأس المال بعد ذلك بقرار من الشركاء من سنة الى أخرى بشرط الا تتجاوز كل زيادة المبلغ المذكور (مادة ١٨٤) .

وإذا اتخذت حصص الشركاء شكل اسهم وجب ان تبقى هذه الاسهم إسمية حتى بعد سداد قيمتها كاملة .

ولا يجوز تداول الأسهم المذكورة الا بعد التأسيس النهائى للشركة ، ويجوز ان يمنح عقد الشركة أو نظامها المديرين أو اعضاء مجلس الادارة أو الجمعية العامة حق الاعتراض على نقل ملكية تلك الاسهم (مادة ١٨٥) .

وبعين عقد الشركة او نظامها المبلغ الذى لا يجوز ان يهبط عنه رأس المال نتيجة استرداد الشركاء حصصهم ولا يجوز ان يقل هذا المبلغ عن خمس رأس مال الشركة ويشهر هذا النص بطرق الشهر المقررة لنوع الشركة (مادة ١٨٦) .

ولكل شريك ان ينسحب من الشركة فى أى وقت ينص عقد الشركة أو

نظامها على خلاف ذلك .

ويجوز ان يخول عقد الشركة أو نظامها الشركاء سلطة فصل الشريك أو أكثر بالأغلبية المشروطة لتعديل العقد أو النظام .

ويبقى الشريك الذى انسحب أو فصل مسئولاً في مواجهة الشركاء والغير مدة سنتين من وقت الانسحاب أو الفصل عن الوفاء بجميع الالتزامات التى كانت قائمة وقت زوال صفته كشريك (مادة ١٨٧) .

ولا تنقضى الشركة أيا كان نوعها بانسحاب احد الشركاء أو فصله أو وفاته أو الحجر عليه أو بشهر افلاسه أو إعارته ، بل تستمر قائمة بين سائر الشركاء ما لم ينص عقد الشركة أو نظامها على خلاف ذلك . (مادة ١٨٨) .

الفصل الثامن الشركة التعاونية

نص النظام على أنه يجوز ان تؤسس شركة المساهمة أو الشركة ذات المسئولية المحدودة وفقاً للمبادئ التعاونية اذا كانت تهدف لصالح جميع الشركاء وبجهودهم المشتركة الى الاغراض الآتية :

١ - تخفيض ثمن التكلفة أو ثمن شراء بيع بعض المنتجات وذلك بمزاولة الشركة اعمال المنتجين او الوسطاء .

٢ - تحسين صنف المنتجات او مستوى الخدمات التى تقدمها الشركة الى الشركاء او التى يقدمها هؤلاء الى المستهلكين .

ولا تخضع شركة المساهمة التعاونية لشرط استصدار مرسوم ملكى (مادة ١٩٨) .

يقسم رأس مال الشركة التعاونية الى حصص أو اسهم متساوية القيمة وغير قابلة للتجزئة في مواجهة الشركة ، ولا تقل قيمة الحصة أو السهم عن عشرة ريالات سعودية ولا تزيد عن خمسين ريالاً سعودياً ولا يقل المدفوع من قيمة

الحصة أو السهم عند تأسيس الشركة عن الربع ويجب ان يسدد الباقي في ميعاد لا يتجاوز ثلاث سنوات من تاريخ التأسيس النهائي للشركة .

ويجوز ان يصرح عقد الشركة أو نظامها لغير الشركاء بالاستفادة من نشاطها ولكن يجب في هذه الحالة ان تقبل الشركة كشركاء فيها هؤلاء الذين صرحت لهم بالاستفادة من نشاطها أو الذين افادت هي من خدماتهم متى طلبوا ذلك واستوفوا الشروط المنصوص عليها في عقد الشركة أو في نظامها .

وتكون لجميع الشركاء في الشركة التعاونية حقوق متساوية ولا تجوز التفرقة بينهم بسبب تاريخ انضمامهم اليها .

تفيد الشركات التعاونية من جميع المزايا المقررة للجمعيات التعاونية . ويكون لوزارة التجارة والصناعة في الرقابة على الشركات التعاونية وحلها ما لوزارة العمل والشؤون الاجتماعية من سلطات في الأمور المذكورة بمقتضى نظام الجمعيات التعاونية .

ويلزم لتأسيس الشركة التعاونية أيا كان نوعها استصدار ترخيص بذلك من وزير التجارة والصناعة وفقا للاوضاع التى يحددها ويرفق بطلب الترخيص صورة من عقد الشركة ومن نظامها موقعا على كل صورة من الشركاء وغيرهم من المؤسسين (مادة ١٩٩) .



الباب السادس الافلاس

تضمن نظام المحكمة التجارية الصادر سنة ١٣٥٠ هـ . في المواد من (١٠٣) الى (١٣٥) الاحكام الخاصة بالافلاس .

الفصل الأول تعريف الإفلاس وأنواعه

نصت المادة (١٠٣) من نظام المحكمة التجارية على أن (المفلس) من استغرقت الديون جميع امواله فعجز عن تأديتها .
والافلاس ثلاثة انواع : الافلاس الحقيقي والافلاس التقصيرى ، والافلاس الاحتيالى ، أو الافلاس بالتدليس (مادة ١٠٤) .
ويختلف كل من هذه الانواع عن الآخر ويترتب على هذا الاختلاف مغايرة كبيرة في الآثار التى تترتب على كل نوع ، وسندرس فيما يلى تباعا كل نوع على حدة .

المبحث الأول : الإفلاس الحقيقى

قد يكون افلاس التاجر ناشئا عن سوء حظ وظروف غير متوقعة ، كأن يكون التاجر حسن النية وقد اتخذ الاحتياطات العادية ولكن صادفه في تجارته

ما لم يتوقعه فترتب على ذلك ان المت به خسارة اعجزته عن اداء ديونه وصارت امواله غير كافية لسداد حقوق دائنيه .

ويشترط النظام لكى يعتبر الافلاس حقيقيا ان يكون التاجر قد مارس التجارة برأس مال معلوم يعتبره العرف كافيا للعمل التجارى فى نوع التجارة الذى مارسه .

كما يتطلب النظام حتى بعد الافلاس حقيقيا ان يكون التاجر قد اتخذ دفاتر منتظمة وفقا لاحكام القانون ، فضلا عما تقدم يشترط النظام ان يسفر بحث حالة التاجر عن عدم تبذيره فى نفقاته الخاصة ومن ثم لا يمكن رد افلاسه الى اهمال او تقصير او تبذير ، وانما الى احداث غير متوقعة ناتجة عن سوء حظه ، كأن يشب حريق فى متجره بغير اهمال أو أن تفقد أو تلتف بضائعه أو منقولاته أو ممتلكاته أو تحدث أى ظروف غير متوقعة تسيء الى حالته المالية أو الى مركزه التجارى أو المالى دون ان تكون تلك الظروف راجعة الى عدم حيطة أو الى اهماله .

المبحث الثانى : الافلاس التقصيرى

الافلاس التقصيرى أو الافلاس بالتقصير ، كما هو بين من اسمه افلاس ناشئ عن اهمال التاجر وتقصيره ، فالتاجر المبذر الذى ينفق على اموره الخاصة باسراف لا يتفق مع كسبه وربحه ثم ينتهى به الحال الى الافلاس ، تاجر مقصر مهمل اوقع نفسه باهماله فى الافلاس (المادة ١٠٦) كذلك التاجر الذى تدهورت حالته المالية وعجز عن سداد ديونه ، ثم اخفى الأمر عن دائنيه واستمر فى ممارسة التجارة ، فزادت اموره المالية تدهورا حتى نفذ رأس ماله ، تاجر مفلس بالتقصير .

ولا يشفع للتاجر المفلس بالتقصير انتظام دفاتره ، طالما ثبت ان اهماله وتقصيره هما سبب افلاسه .

ويجب على التاجر المفلس بالتقصير ان يقدم دفاتره مع سندات الديون الى المحكمة مشفوعة كذلك بجدول يتضمن تطورات رأس ماله منذ اشتغاله بالتجارة الى يوم افلاسه . وما لحق به من خسائر وجميع ماله من حقوق وما عليه من ديون والتزامات .

ويحكم على التاجر المفلس بالتقصير بالحبس مدة تتراوح بين ثلاثة اشهر وستين وفقاً لما يبين للمحكمة من مدى اهماله أو تقصيره (المادة ١٣٧) ولا يعاد للمفلس المقصر اعتباره التجارى الا بعد اداء جميع ديونه وتنفيذ العقوبة عليه على نحو ما سيرد فيما بعد .

المبحث الثالث : الإفلاس الاحتيالى

الافلاس الاحتيالى أو الافلاس بالتدليس أخطر أنواع الافلاس اذ لا يفلس التاجر هنا نتيجة لسوء الحظ أو نتيجة لاهماله أو تقصيره وانما يلجأ التاجر الى الاحتيال واخفاء امواله اضراراً بدائنيه المادة ١٠٧) .

فالافلاس الاحتيالى ينتج عن عدم امانة التاجر الذى قد يلجأ الى اثبات بيانات كاذبة فى دفاتره أو اخفاء امواله أو نقلها بعيداً عن متناول دائنيه أو كل ما من شأنه ان يعرض حقوق دائنيه للضياع .

ولا يتوقف الحكم على التاجر بالافلاس الاحتيالى على تبذيره أو عدم تبذيره فى نفقاته الشخصية ومصاريفه الخاصة ، كما لا يتوقف الحكم المذكور على انتظام أو عدم انتظام دفاتره ، بل يحكم على التاجر بالافلاس الاحتيالى اذا ثبت عليه الاحتيال أو تبديد الأموال أو إخفاءها أو اثبات أى بيانات كاذبة كأن يثبت ديوناً غير صحيحة عليه . أو أى عمل آخر يهدف من ورائه الى الإضرار بحقوق دائنيه .

ويعد المفلس احتيالياً مرتكباً لجريمة خطيرة يعاقب عليها بالسجن تتراوح بين ثلاث وخمس سنوات (المادة ١٣٦) .

كما يحكم على من يثبت أنه شريكه في اخفاء أمواله وكذلك من يعاونه بأى طريقة كانت على ارتكاب جريمته بنفس العقوبة (المادة ١٣٦) .
ويسوى النظام بين التاجر المفلس افلاسا احتياليا وبين السارق أو من يرتكب جريمة خيانة الأمانة ، فلا يعيد اليه اعتباره التجارى (المادة ١٣٣) .

الفصل الثاني

اجراءات اشهار الافلاس

يكون طلب اشهار الافلاس أما من التاجر المطلوب اشهار افلاسه أو من احد دائنيه (المادة ١٠٨) .

وتتولى المحكمة فحص الأوراق أو الدفاتر المقدمة من التاجر المطلوب اشهار افلاسه ، ويجب على التاجر المذكور ان يقدم دفاتره مع سندات الديون المطلوبة له الى المحكمة مشفوعة ببيان يحتوى على اصل رأس ماله من تاريخ اشتغاله بالتجارة حتى يوم توقفه عن الدفع والخسارة التى حاقت بتجارته وجميع نفقاته وماله وما عليه من حقوق وديون .

ويقدم التاجر هذا البيان الى المحكمة فى شكل جدول يتضمن البيانات السابقة (المادة ١٠٩) . وبمجرد تقديم هذا البيان يتم اتخاذ قرار احتياطى بشأن التاجر ، إمّا بايقافه وإمّا بوضعه تحت مراقبة الشرطة حتى تنتهى الاجراءات (المادة ١٠٩) .

وعلى المحكمة ان تفحص الأوراق المقدمة من التاجر وبيان حركة تجارته وماله من حقوق وما عليه من التزامات وجميع ما يقدم من مستندات بالاضافة الى دفاتر التاجر ، ثم تصدر المحكمة قرارها باعلان الافلاس على التاجر والحجز على امواله (المادة ١١٠) .

اما بالنسبة لشركات التضامن ، فلا يقتصر الأمر على الحجز على أموال

الشركة عند اصدار حكم الافلاس من المحكمة ولكن يمتد قرار الحجز على الأموال الى أموال المتضامين كذلك (المادة ١١٠) .

وتعتبر غير نافذة جميع تصرفات التاجر أو الشركة التي يصدر حكم باشهار افلاسها من التاريخ الذي يتضمنه حكم اشهار الافلاس (المادة ١١٠) .
وتعين المحكمة مأمور تفليس ، كما يختار الدائنون أمناء للمساعدة في تصفية أموال التاجر المفلس (المادة ١١٢) . ويتم اعلان حكم الافلاس بعدد كاف من المصقات ، كما يتم الاعلان في الصحف اليومية ، ويجب على الدائنين للتاجر المحكوم باشهار افلاسه ان يقدموا مستندات حقوقهم الى مأمور التفليسة الذي تعينه المحكمة وأمناء الديانة الذين ينتخبهم الدائنون في خلال عشرة أيام من تاريخ اشهار الافلاس ، أما اذا كانوا مقيمين في بلدة أخرى فيمنحون مواعيد مسافة (المادة ١١١) .

ويجوز للدائن الغائب ان يخطر برقيا أو بموجب عريضة عن حقوقه فاذا وجدت ثابتة في دفاتر المفلس يحفظ حقه حتى عودته لاستلام حقه بنفسه أو بواسطة نائبه (المادة ١١٧) .

وكل تاجر يتأخر عن المواعيد السابقة لا يقبل مأمور التفليسة وأمناء الديانة قيد حقوقه الا اذا رفع دعواه أمام المحكمة لتصدر حكمها فيما يدعيه (المادة ١١٦) .

الفصل الثالث

قسمت الغرماو

يبدأ مأمور التفليسة وأمناء الدائنين بعد تعيينهم في تجميع ما للتاجر المفلس من حقوق وحصر ما عليه من التزامات ويتولون بعد تحصيل جميع حقوقه قيدها في دفتر يعد لذلك .

ويستدعى أمام المحكمة كل من يرفض من مدينى التاجر المفلس سداد حقوقه لمأمور التفليس وأمناء الدائنين وتتولى المحكمة التحقيق في أمر امتناع عن السداد ، ولها ان تستدعى التاجر المفلس وتستوضحه عن الأمر اذا لزم الحال (المادة ١١٣) .

وعند تجميع اموال التاجر المفلس يجرى بيع منقولاته وعقاراته في مزاد علنى .

ويتم الاتفاق على التاجر المفلس ومن تلزمه نفقته من امواله اذا كان مفلسا افلاسا حقيقيا أو مفلسا بالتقصير وذلك حتى يتم تقسيم امواله بين دائنيه (المادة ١١٨) .

وتدفع كذلك من اموال التاجر المفلس إيجارات مسكنه ومحلات تجارته وأجرة خدمه وموظفيه ومهر زوجته ، وتقدم هذه الحقوق على سائر الديون العادية للدائنين (المادة ١١٩) .

كما ترد الى اصحابها عين الودائع التى توجد بين اموال التاجر المفلس ثابت عليها اسماء صاحبها (المادة ١٢٠) .

ويمتاز الدائن المرتهن على غيره من الدائنين اذ يقتضى حقه كاملا من ثمن الرهن بعد بيعه ويضاف الباقي من الثمن الى سائر اموال التاجر المفلس لسداد حقوق باقى دائنيه .

فاذا لم يوف ثمن الرهن بحق الدائن المرتهن كان للأخير أن يرجع بالباقي على سائر اموال المدين شأنه في ذلك شأن باقى المدينين .

ويتم توزيع جميع ما يبقى من اموال التاجر المفلس على سائر الدائنين بنسبة ديونهم وتسمى هذه قسمة الغرماء (المادة ١٢٢) .

ويجوز ان يتم بين الدائنين وبين التاجر المفلس صلح واق من التفليس اذا كان الافلاس حقيقيا أو بالتقصير .

ويرد للمفلس الحقيقى اعتباره التجارى اذا سدد جميع ديونه الاصلية مع المصاريف (المادة ١٣٢) .

ويجوز رد اعتبار المفلس المقصر بعد اداء جميع ديونه وتنفيذ العقوبة عليه (المادة ١٣٣) وتحال الى المحكمة التجارية طلبات رد الاعتبار وتتولى تحقيقها والاعلان عن ذلك حتى يتقدم كل من له حق على طالب رد الاعتبار .
وتنظر المحكمة فى كل طلب دين على التاجر المفلس وكل اعتراض من اى خصم ذى شأن فى اعادة اعتبار .

وتقرر المحكمة بناء على ما تراه من ظروف الدعوى اعادة اعتبار التاجر المفلس أو رفض الطلب (المادة ١٣٤) ، ولا يرد الى المفلس الاحتيالى اعتباره .

كما لا يرد الاعتبار التجارى لمن حكم عليه لسرقة أو لحياينة امانة أو لاختفاء شئ من امواله أو لامتناع عن تقديم حسابه وفقا للمادة (١٠٩) من نظام المحكمة التجارية .



الجزء الثالث

نظام العمل والعمال في المملكة العربية السعودية

الباب الأول : انحصار الغاية لنظام العمل

الباب الثاني : مجال تطبيق نظام العمل والعمال

الباب الثالث : خصائص عقد العمل

الباب الرابع : آثار عقد العمل

الباب الخامس : انتهاء عقد العمل

الباب السادس : آثار انتهاء عقد العمل

الباب الأول

المختص بالنظام العام للعمل

الفصل الأول

تمهيد نظام العمل عن غيره من الأنظمة الأخرى

المبحث الأول : تعريف نظام العمل

سادت في المجتمعات القديمة ظروف معينة أدت الى ظهور نظام الرق والاعتماد عليه لفترات طويلة .

ولم يكن هذا ليمنع بعض الاشخاص الأحرار من اداء بعض الأعمال لغيرهم ولكن كان هذا العمل يعد في بعض التشريعات القديمة ، كالقانون الروماني بمثابة الوكالة اذا كان العمل ذهنيا ، أما اذا كان العمل بدنيا فقد كان يعتبر عقد إيجارة .

وقد تضمنت أحكام الشريعة الاسلامية ضمانات للعامل لم تعرفها التشريعات العالمية حتى سنوات قليلة مضت ، فقد ساد في العصور الوسطى نظام الاقطاع وظل العمال عبيداً للأرض في أوروبا حتى قامت الثورة الفرنسية عام ١٧٨٩ م .

وقد ترتب على الثورة الفرنسية سيادة المذهب الفردى ، ثم قام الاقتصاد الحر ، وبرزت ظواهر اجتماعية بالغة الخطورة واكبت الثورة الصناعية وانتشر بين الطوائف العمالية التذمر وانتشرت الاضطرابات العمالية حتى بدأت الدول تتجه الى وضع قواعد تضمن بعض حقوق العمال .

وقد استقرت منذ اوائل القرن التاسع عشر تقريبا مجموعة قانونية تنظم العلاقة بين طرفى عقد العمل : رب العمل والعامل كما تنظم الرابطة بين العمال وأرباب الاعمال . وقد تشعبت هذه القواعد وتكون من مجموعها ما يطلق عليه حاليا قانون العمل أو نظام العمل .

وقد ذهب فريق من الفقهاء الى أن قانون العمل هو القانون الذى ينظم عقد العمل . ولكن انتقد هذا التعريف التقليدى لأن جانبا كبيرا من الفقه لا يقبل ان يحتل العقد مركز الصدارة فى قانون العمل بعد أن تزايدت القواعد الآمرة فى هذا العقد .

وقد ارتكز انتقاد التعريف السابق على اساس أن هذا التعريف ينظر الى تشريع العمل كجزء من قانون العقود وأن هذه النظرة ان جازت فى عهد الفردية الحرة حيث كان العقد هو أساس كل تنظيم قانونى فهى لا تجوز اليوم حيث طغت القواعد الآمرة على عقد العمل وصار (عقد العمل) تنظيما قانونيا جامدا لا تملك الارادة ان تعدل الكثير من احكامه . والواقع أن الافضل أن يتضمن تعريف قانون العمل الاشارة الى روابط العمل الجماعية التى يكون الكثير منها من القواعد الآمرة لذلك فالتعريف الأفضل فى نظرنا هو أن قانون العمل هو القانون الذى ينظم عقد العمل وروابط العمل الجماعية بما يضمن حقوق العمال وضمانات التوازن بين حسن سير العمل وعدم استغلال أرباب الاعمال للعمال .

ومن الملاحظ أن كثيرا من الكتاب ينظرون الى قانون العمل على أسس مذهبية سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية خاصة بكل منهم . وقد تأثرت هذه المذاهب بنسب متفاوتة بالظروف التى كانت سائدة فى ظل مبدأ سلطان الإرادة ،

وفى ظل نظام الاقتصاد الحر وما ترتب عليها من ظهور ظواهر اجتماعية بالغة الخطورة أدت الى الكثير من الاضطرابات والفوضى واعمال العنف .
وعلى اية حال فاننا لا نستطيع الأخذ بهذه التعريفات المذهبية لقانون العمل اذ تغلب عليها الصفة السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية ومن ثم فهي تعريفات ليست قانونية بل هي بمثابة حكم مذهبى على قانون العمل فى بلد معين فى وقت معين ، أما الناحية القانونية العامة فيجب أن يعرف قانون العمل بموضوعه المباشر وهو عقد العمل وروابط العمل الجماعية .

وقد قام فى الفقه خلاف كبير حول مكان قانون العمل من فروع القانون المختلفة فذهب البعض الى انه من فروع القانون الخاص ، بينما ادخله فريق آخر فى نطاق القانون العام ، وقد رأى اتجاه ثالث فى قواعد نظام العمل أساسا منطقيا لمهاجمة التفرقة المستقرة بين القانون الخاص والقانون العام والقول بأن ظهور قانون العمل قد اثبت أن تقسيم القانون الى عام وخاص ليس هو التقسيم النهائى وأن هناك فرعاً آخر من فروع القانون يسمى بالقانون الاجتماعى يضم قانون العمل .

ولا شك أن لهذا الاتجاه الأخير وجاهته ومبرراته ، ولكن مع ذلك فان الرأى الراجح يعتبر قانون العمل فرعاً من القانون الخاص لأنه ينظم العلاقة بين رب العمل والعامل أى بين طرفين ليست الدولة - باعتبارها صاحبة السيادة - احدهما ، كما أن الأخذ بتقسيم ثالث يسمى القانون الاجتماعى لن يسر دراسة القانون بقدر ما يضع من تعقيدات وصعوبات فى طريق الدراسة ، كما أنه يتجاهل ازدياد القواعد الآمرة فى اغلب فروع القانون .

المبحث الثانى : تطور نظام العمل فى المملكة العربية السعودية

ظهر نظام العمل ملازماً للتطور الاقتصادى فى المملكة فى بداية ازدهار صناعة الزيت وقد صدر أول تشريع عمالى فى المملكة عام ١٣٥٦ هـ . باسم

نظام تعويض عمال المشاريع الصناعية والفنية وهو تشريع اقتصر على حماية العامل في بدنه وتأمينه ضد اخطار الوفاة والاصابات المؤقتة والدائمة . وكان هذا النظام لا ينطبق الا على الشركات الاستشارية أى شركات الزيت في ذلك الوقت .

وسرعان ما ظهرت الحاجة الى تشريع أكثر شمولاً وتفصيلاً فصدر أول نظام متكامل للعمل في ١٣٦١ هـ . ويعرف بنظام العمل رقم (٢) لسنة ١٣٥٩ هـ . وهى السنة التى اعد فيها مشروعه . ويتميز هذا النظام أولاً باتساع دائرة تطبيقه حتى شملت المناجم والمحاجر والصناعات التحويلية وأعمال البناء والنقل بكافة صوره والطباعة . .

ومن ناحية أخرى أخذ هذا النظام بكافة المبادئ الحديثة في تشريع العمل فحدد ساعات العمل بثماني ساعات يومياً وقرر مبدأ الاجازة الاسبوعية والعطلة السنوية بأجر كامل ومبدأ الاخطار السابق عند انتهاء العقد ومبدأ التفتيش على العمل الذى كانت تتولاه وزارة المالية ، وكذلك ألزم هذا النظام أصحاب الأعمال باسكان العمال وتقديم خدمات تجارية وترفيهية لهم وهذا فضلاً عن علاجهم ولو كان المرض غير ناشئ عن اصابات صناعية . وقد كان الجزاء لمخالفة أحكام النظام هو الحبس حتى ثلاثة أشهر أو الغرامة حتى ألف ريال .

وباطراد التقدم الصناعى والحضارى في المملكة أصبح من المتعين وضع تشريع عمالي شامل فصدر بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية نظام العمل والعمال لسنة ١٣٦٦ هـ . في ستين مادة . وقد ألغى هذا النظام النظامين السابقين ولكنه نقل الكثير من احكامهما . وأهم ما يتميز به هذا النظام هو شمول أحكامه لكافة العاملين في المشاريع الصناعية والتجارية المختلفة ووضع أحكام لحماية الأحداث وتنظيم لوائح العمل والجزاءات وإنشاء نظام للتحكيم في المنازعات العمالية ولل قضاء العمالي عندما يفشل التحكيم في حل النزاع (المادتان ٣٨ و ٤٠) وحماية المواطنين من الإساءات التى قد تقع من العمال الأجانب وتأکید الطابع

الآمر لاحكامه وبطلان كل شرط مخالف لها (مادة ٤٣) والنص على انشاء
وزارة للعمل .

وفي ظل احكام ذلك النظام صدر عام ١٣٦٨ هـ . نظام التعويضات لعمال
المقاولين وهو بمثابة نظام اختياري للتأمينات الاجتماعية . فقد أوجد هذا النظام
صندوقا للتعويضات نشأ بموافقة بعض أرباب الأعمال وأصبح الانضمام اليه
اختياريا من جانب أصحاب الأعمال ويتولى الصندوق صرف التعويضات
المستحقة للعمال بسبب اصابات العمل .

وفي ٧٥/١١/٢ م صدر مرسوم ملكي بتحريم الاضراب والتحرير عليه
وكذلك حظر التظاهر والاعتصام على مستخدمى وعمال الشركات ذوات الامتياز
وعلى مستخدمى وعمال المؤسسات الخاصة التى تباشر نشاطا ذا منفعة عامة أو
تقوم بتنفيذ مشروع عام لحساب الحكومة .

وقد انشئت مصلحة العمل والعمال وكان نشاطها محصورا فى المنطقة الشرقية
ثم امتد الى المنطقتين الوسطى والغربية . وفى عام ١٣٨٠ هـ . انشئت وزارة
العمل والشؤون الاجتماعية لتشرف على كل ما يخص العمل فى المملكة وصدر
الأمر باعتبارها المرجع المختص لتطبيق نظام العمل والعمال فى
١٠ / ٢ / ١٣٨٢ هـ .

وقد صدرت عدة قرارات لحماية اليد العاملة الوطنية أهمها قرار مجلس
الوزراء فى ١٣٨١/٧/١٦ هـ . الذى يقضى بعدم تشغيل أى موظف اجنبى فى
الوظائف العادية وقرار وزير العمل فى ١٣٨١/٣/١ هـ . الذى يقضى بآلا تقل
نسبة العمال والموظفين السعوديين فى أية مؤسسة أو شركة أو لدى أى صاحب
عمل عن ٧٠ ٪ من مجموع العمال والعاملين فى عمل واحد ومكان واحد .

وقد شكلت لجنة عليا لنظر الخلافات والقضايا العمالية والبت فيها بصفة
قطعية نهائية بقرار مجلس الوزراء رقم ٦٤٣ فى ١٣٨٢/١٢/٢٩ هـ . وقد توج
هذا التطور الطويل صدور نظام العمل والعمال ونظام التأمينات الاجتماعية فى
١٣٨٩/٩/١٩ هـ .

كما صدرت لائحة بالمرافعات وإجراءات المصالحة والتحكيم أمام اللجان الابتدائية واللجنة العليا بقرار مجلس الوزراء رقم ١ في ٣ و٤/١/١٣٩٠ هـ . وكذلك صدرت اللائحة التنفيذية لضبط وتنظيم أعمال تفتيش العمل بقرار مجلس الوزراء رقم ٤٤٤ في ٣/٥/١٣٩٠ هـ .

وصدرت اللائحة النموذجية للجزاءات والمكافآت بقرار وزير العمل رقم ١١٩ وتاريخ ١٢/٤/١٣٩٠ هـ . وقد صدر فضلا عن ذلك جدول الامراض المهنية الملحق بقانون التأمينات الاجتماعية بقرار من مجلس الوزراء رقم ٨٧٧ وتاريخ ٢١/١١/١٣٨٩ هـ . هذا يلاضافة الى قرارى وزير العمل رقم ١ تأمينات في ١١/٩/١٣٩٢ هـ . بشأن قواعد تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية . ورقم (٢) تأمينات في ١١/٩/١٣٩٢ هـ . بشأن اصدار اللائحة التنفيذية لنظام التأمينات الاجتماعية .

المبحث الثالث : الخصائص الفنية لنظام العمل

المطلب الأول

تعلق أحكام نظام العمل بالنظام العام .

ظهر قانون العمل أصلا ليضع حدا لعدم التوازن بين طرفى عقد العمل ، فالعامل دائما فى موقف الطرف الضعيف . وما دام الأمر كذلك فانه من الطبيعى أن تكون الكثير من قواعد هذا القانون ذات صبغة آمرة لا يصح الاتفاق على مخالفتها ، كما أنه نظام اقليمى التطبيق .

ويرجع تعلق الكثير من قواعد هذا القانون بالنظام العام الى الأهمية الاجتماعية التى يهدف هذا القانون الى تحقيقها .

ويدعم الصبغة الآمرة لنظام العمل ما لجأ اليه المشروع من وضع عقوبات

جناية على مخالفة احكامه ، فقد تضمن نظام العمل السعودى فى الفصل الثانى عشر منه وفى المواد من (١٨٩) الى (٢٠٨) عقوبات جزائية توقع على المخالفين لبعض قواعده .

كذلك تنص المادة (٢ / ٦) من النظام المذكور على بطلان كل شرط يرد فى قانون العمل يتنازل بموجبه العامل عن حق مقرر له بمقتضى النظام .

بالاضافة الى ذلك فإن القاعدة العامة أن يعتبر تطبيق قواعد نظام العمل ذا أثر فورى ومباشر ما لم ينص المشرع صراحة على العكس . ولضمان احترام قانون العمل توجد فى كل الدول ادارات خاصة للتفتيش والتحقق من اتباع احكام القانون فى المنشآت الخاضعة لها ويكون لموظفى هذه الادارة صفة الضبطية القضائية فى اثبات المخالفات .

المطلب الثانى

نظام العمل نظام حديث النشأة دائم التطور .

ظهر قانون العمل فى مختلف الدول ، لمواجهة الظروف القاسية التى يعمل فيها العمال ، وليضع حدا للظلم الاجتماعى الذى أصابهم فى اعقاب الثورة الصناعية وقد تطور قانون العمل تطورا كبيرا منذ نشأته . واذا كان قانون العمل قانوناً حديث النشأة لم يكتمل نموه بعد بل هو فى تطور دائم فإن الظاهرة العامة الآن هى ميل هذا القانون الى التوسع بلا انقطاع فقد بدأ قانون العمل فرض نطاقه على جوانب محددة من النشاط الصناعى ثم اتسع مجال تطبيقه تدريجيا ، وامتد الى العديد من النشاط المهنى ، كما أنه طور بين قواعده احكام التأمينات الاجتماعية قبل أن تصبح نظاما متكاملا مستقلا وقد ترتب على هذه الحقيقة من الناحية الفنية صعوبة وضع ضابط موحد أو فكرة واحدة ترسم نطاق هذا القانون وتنظم كل الجزئيات والصور التى يشملها ، وصعوبة تقنيه لأن التقنين مرحلة متأخرة فى حياة القوانين لا تبلغها الا بعد تطور طويل وبعد أن تتضح قواعدها وتستقر .

المطلب الثالث

نظام العمل يتسم بالواقعية .

وإذا كانت قواعد نظام العمل حديثة النشأة دائبة التطور ، ويتجه المشرع بتنظيمه الأمر الى مراعاة مقتضيات التطور الاجتماعى والاقتصادى أولاً بأول إلا أن تنظيم المشرع لأحكام نظام العمل يتسم بالواقعية وينفر من التجريد والتعميم المطلق فيضع قواعد لا تتأثر فيما تتضمنه من احكام فى كثير من الحالات . .

فالنظام أو القانون لا ينظر الى العمل نظرة مجردة ولا يضع قواعد عامة تنظم كل صورة بل يضع لكل صورة من هذه الصور التى لا تقع تحت حصر ما يلائمها من تنظيم . فظروف العمل فى الصناعة تختلف كل الاختلاف عن ظروف العمل الزراعى أو الخدمة المنزلية ، ولذلك كان لكل من هذه الاعمال قواعد مختلفة وأرباب العمل لا يتساوون من حيث المركز الاقتصادى ولذلك يفرض المشرع على كبارهم - بالنسبة للعمال - ما لا يفرضه على صغارهم من التزامات .

وظروف الرجل العامل تختلف عن ظروف الحدث العامل أو المرأة العاملة ومن ثم ينفرد كل بالاحكام والقواعد التى تلائمهم ، وكذلك يراعى المشرع فيما يضعه من تنظيم تفاوت أقاليم الدولة من حيث الثروة فيفرق بينها فى المعاملة وفى سريان بعض قواعد نظام العمل عليها .

وقد يؤدى هذا الطابع الواقعى لنظام العمل الى نتائج لا تقبلها عمومية وتجريد القواعد القانونية كما لا تتفق مع العدالة ، ومن امثلة ذلك التفرقة فى الحقوق والضمانات التى يتمتع بها عمال المنشأة الكبيرة والتى تزيد عما يتمتع به عمال المنشأة الصغيرة وهى تفرقة أساسية لها تطبيقات كثيرة فى قانون العمل . هذه التفرقة - ان كانت غير منطقية - تترجم حقيقة هامة هى أن الأساس الإنسانى أو العدالة لا يحكمان وحدهما نظام العمل بل أن الاعتبارات

الاقتصادية والرغبة في الإبقاء على المنشأة الصغيرة التي تنوء بالاعباء التي تتحملها المنشأة الكبيرة هي الذي تحدد بالمشرع الى وضع هذه التفرقة .
ونتيجة لهذا الطابع الواقعي لنظام العمل فإن الدور الذي تلعبه السلطة التنفيذية في تحديد نطاق تطبيق احكام النظام بالغ الأهمية ، فالمشرع يضع مبدأ عاما ويترك للإدارة - بقرارات وزارية - سلطة تعيين الحالات التي يجب أن تنطبق عليها هذه القاعدة العامة وهذا ما فعله النظام في كثير من الصور حتى يكفل لنظام العمل هذا الطابع الواقعي من ناحية وحتى يمكن ان تتطور احكامه في مرونة وفي سرعة من ناحية أخرى . ويعتبر التفتيش على شؤون العمل الذي تقوم به وزارة العمل والشؤون الاجتماعية من اهم الأمور اذ بدونها لا يمكن وضع نظام العمل موضع التنفيذ والتطبيق .

المطلب الرابع

يتميز نظام العمل بقواعد وصياغة خاصة

ومع أن قانون العمل هو جزء من القانون الخاص فانه يتميز لخصائصه سالفة الذكر بأحكام وصياغة خاصة ، ، فمن حيث تكوين العقد نجد أن عقد العمل يتميز بقواعد خاصة من حيث الاهلية اللازمة لصحته ، ومن حيث عنصر الرضا نرى أن هذا العقد يتميز أيضا بأحكام خاصة منها أن صاحب العمل قد يلزم بأن يقرر رفضه التعاقد مع العامل الذي يتقدم للعمل عنده ، كذلك لا ينتج بطلان عقد العمل الا آثارا محدودة لا تقارن بآثار البطلان في غيره من العقود .
كذلك فمن حيث آثار العقد فإن لنظام العمل أحكامه الخاصة أيضا ، فعقود العمل تستمر بقوة النظام بين العمال والمالك الجديد للمنشأة في حالة بيعها خلافا لمبدأ نسبية العقد ، كذلك يخضع دين الأجر لقواعد خاصة تميزه عن غيره من الديون الى غير ذلك من الاحكام التي تميز عقد العمل وتخضعه لقواعد خاصة وصياغة ذات طابع أصيل .

ويذهب الرأى الراجح الى خضوع تفسير نظام العمل للقواعد العامة في تفسير القانون ، ويرى البعض أن قاعدة تفسير الشك لمصلحة العامل في هذا النظام قاعدة يستقل بها تفسير نظام العمل ، فالواقع أنه لما كان المشرع قد أعرب عن نيته في التدخل لحماية العمال فإن هذه القاعدة اهتداء بقصد المشرع . والواقع انه يجب مراعاة أن نظام العمل يهدف الى اقامة توازن بين مصالح العمال ومصالح أرباب الأعمال والمصلحة العامة ، ومن ثم لا يجوز أن نهزم هذا التوازن عن طريق التفسير الجامد الذى يراعى بصفة مطلقة مصلحة العمال ويغفل مصالح أرباب الأعمال والمصلحة العامة .

بالاضافة الى ما تقدم فمما يؤكد استقلال نظام العمل بقواعد وصياغة خاصة أنه افرد قواعد خاصة تيسر التقاضى وتحسم النزاعات التى تقوم بشأن تطبيق قواعده بسرعة وسهولة وفى يسر ، وهو ما بين من الاطلاع على القواعد التى تضمنتها نظام العمل السعودى فى الفصل الحادى عشر وفى المواد من ١٧٠ الى ١٨٨ .

الفصل الثانى مصادر نظام العمل

المبحث الأول : المصادر الرسمية

نظرا لطبيعة قانون العمل ، فانه يستمد قواعده من مصادر متعددة ، وبعض تلك المصادر غير معروف فى أى فرع آخر من فروع القانون ، فنجد أحيانا من بين مصادر نظام العمل مصادر خارجية فى شكل المعاهدات والاتفاقات الدولية ، كما نجد مصادر داخلية رسمية ثم مصادر داخلية غير رسمية .

وقد ظهرت المعاهدات والاتفاقات الدولية ، التى يكون موضوعها تنظيم جانب أو أكثر من جوانب علاقات العمل منذ فترة من الوقت : ويتنظر زيادة

أهمية المصادر الخارجية كلما زاد التعامل بين الدول . وقد ظهرت عدة محاولات لتدويل تشريعات العمل ولكنها لم تصل بعد الى غايتها المنشودة ولم تحقق بعد ما تصبو اليه .

ومن الجدير بالذكر أن أحكام نظام العمل السعودي تتفق مع المبادئ العامة المقررة في الشريعة الاسلامية لاجارة الأشخاص ، فالاجارة عند الفقهاء المسلمين مشتقة من الأجر أو العوض وهي عقد على منفعة مباحة معلومة تؤخذ شيئاً فشيئاً مدة معلومة بعوض معلوم ويشترط لصحتها ثلاثة شروط أولها معرفة الأجر لقوله عليه الصلاة والسلام من استأجر أجيراً فليعلمه أجره والشرط الثاني معرفة المنفعة المعقود عليها عرفاً أو وصفا والشرط الثالث أن تكون منفعة مباحة . وقد جاء في المغنى لابن قدامة : (أن الاجارة اذا وقعت على مدة وجب أن تكون معلومة ، كشهر أو سنة ، لأن المدة هي الضابطة للمعقود عليه ، المعرفة له ، فوجب أن تكون معلومة . ويشترط كذلك في عوض الاجارة أن يكون معلوماً ، وذلك لأنه عوض في عقد معاوضة ، فوجب أن يكون معلوماً . واذا وقعت الاجارة على مدة معلومة بأجرة معلومة ، فقد ملك المستأجر المنافع ، وملك عليه الأجرة كاملة في وقت العقد الا أن يشترط أجلاً . وعلى هذا فإن الأجير يستحق الأجرة بمجرد العقد اذا اطلق ولم يشترط المستأجر أجلاً ، فقد روى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال : (اعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه) . أما اذا اشترط تأجيل الأجر فهو الى أجله .

والعامل والأجير نوعان : خاص ومشترك . فالأجير الخاص هو الذي استؤجر على أن يعمل لرب عمل واحد ، وتقدر منفعته بالزمن ، كاليومية أو الشهرية . والأجير المشترك هو الذي لا يختص برب عمل واحد ، بل يتقبل العمل من كثيرين ، كالجمال والدلال والخياط والساعاتي وأمثالهم .

وليس للأجير الخاص عند فقهاء المسلمين أن ينيب عنه غيره في العمل ، لأن الاجارة متعلقة بشخصه . ويستحق الأجير الخاص الأجرة بمجرد حضوره للعمل في مدة الاجارة ، بدون أن يشترط عمله بالفعل . ولكن ليس له أن يتمتع

عن العمل ، حتى اذا امتنع فلا يستحق الأجرة . أما الأجير المشترك فلا يستحق الأجرة الا بالعمل ، ولكن يجوز له الاستتابة في عمله .

ولا يضمن الأجير الخاص ما أتلّفه من الأشياء التي يعمل عليها ، الا اذا تعدد الإلتاف أو فرط فانه يضمن . أما الأجير المشترك فيضمن ما تلف بعمله ، سواء كان متعمدا أو مقصرا أو لم يكن ، والأجير في مطلق الأحوال مؤتمن ، فيكون الناء في يده أمانة كأصله .

كذلك يرى فقهاء المسلمين أن الإجارة عقد يجوز فسخه مع استيفاء المنفعة المعقود عليها لغير عذر .

وأول المصادر الرسمية لنظام العمل في المملكة التشريع الذي لا تختلف احكامه كما قدمنا مع مبادئ الشريعة الاسلامية .

التشريع : هو المصدر الأول والرئيسي لقانون العمل في الوقت الحاضر ، ويقصد بالتشريع هنا التشريع بجميع مراتبه ودرجاته بما في ذلك اللوائح التنفيذية . والتشريع الأساسى المعمول به حاليا في المملكة العربية السعودية هو نظام العمل والعمال الصادر في ١٩ سبتمبر ١٣٨٩ هـ . بالاضافة الى جميع القواعد المكملة والمعدلة واللوائح التنفيذية .

العرف : لم يعد للعرف الا أهمية ضئيلة كمصدر لقانون العمل نظرا لإزدياد النشاط التشريعى وامتداده الى التفاصيل فضلا عن أن عقود العمل وما يلحق بها من لوائح داخلية تعالج التفاصيل ولا تترك للعرف الا مجالا ضيقا . ومع ذلك فما زالت للعرف في صورته - عرف المهنة وعرف الجهة أى الم عرف المحلى - أهميته لذا تحيل اليه كثير من النصوص المنظمة لعقد العمل من أبرزها نص المادة (١٨٥) من نظام العمل والعمال التى تلزم القاضى في بعض الأحوال بالقضاء وفقا لقواعد العرف ولذا فانه يعد مصدرا رسميا لنظام العمل والعمال .

المبحث الثاني : المصادر التفسيرية الداخلية لنظام العمل .

١ - القضاء : للقضاء أهمية كبيرة بين مصادر قانون العمل ، وفي كثير من الدول يوجد لمنازعات العمل قضاء تحكيمى خاص الى جانب القضاء العادى . ويتمتع هذا القضاء التحكيمى بتشكيل خاص اذ يشترك العمال فى تكوينه وهو يهتدى فى احكامه بالعرف ومقتضيات المهنة والعدالة وقد دلت التجربة فى فرنسا على أنه كان أدق فهما لمقتضيات قانون العمل من القضاء المدنى .

وقد وجد فى المملكة نظام للتحكيم وقضاء خاص بالمنازعات العمالية فى ظل نظام ١٣٦٦ هـ . ثم انشأ النظام الحالى لجان تسوية الخلافات العمالية فى المواد ١٧٢ - ١٨٢ منه : وتختص هذه اللجان وحدها دون غيرها بالنظر فى جميع الخلافات المتعلقة بعقود العمل (مادة ١٧٩) ولذلك يتعين على أى محكمة أخرى يرفع اليها نزاع عمالى أن تقضى بعدم اختصاصها بنظره وتأكيذا لذلك جاء فى خطاب رئيس مجلس الوزراء الى وزير العمل والشؤون الاجتماعية رقم ١٠٠٦ بتاريخ ١٢/١/٨٣ هـ . انه : بما ان الحكم النظامى قد أثبت حقوق العامل وقدرها فلا ينظر الى حكم القاضى ويعمل بما أثبتته الحكم النظامى لأن نظام العمل قد كفل حقوق العمال دون الرجوع الى المحاكم .

ومن المسلم به أن تطبق هذه اللجان أحكام نظام العمل والعمال فإن لم نجد فى أحكامه ما ينطبق على النزاع المطروح فإنها تطبق أحكام مبادئ الشريعة الاسلامية والقواعد المحلية وما استقرت عليه السوابق القضائية ، ومبادئ الحق والعرف وقواعد العدالة (مادة ١٨٥) . وتنظر هذه اللجان الخلافات العمالية على درجتين درجة ابتدائية وتباشرها اللجان الابتدائية ، وهناك لجنة عليا تستأنف أمامها أحكام اللجان الابتدائية القابلة للاستئناف . ويجوز النظام أن يستعيض أطراف النزاع عن التقاضى أمام هذه اللجان بالاتفاق على حسم النزاع بالتحكيم مادة (١٨٣) ويجوز استئناف حكم المحكمين أمام اللجنة

العليا ما لم يتفق في صك التحكيم على أن حكمهم يكون قطعيا ونهائيا .
هذا وتتميز الاجراءات في منازعات العمل بأحكام خاصة ترعى مصلحة
العاملين : فالدعوى تنظر على وجه الاستعجال (انظر المواد ٢٦ ، ٢٨ من
اللائحة والمادة (١٨ من النظام) .

٢ - الفقه : أما الفقه فما زال في بداية نشاطه وإن كانت قد صدرت بعض
المؤلفات في خلال السنوات الأخيرة في مصر كما صدرت بعض المؤلفات الأخرى
في بعض البلاد العربية .

المبحث الثالث : المصادر الدولية لنظام العمل

نظرا لأن قانون العمل من فروع القانون التي يمكن أن تتخذ صبغة داخلية
بحته ، فقد ظهرت الحاجة الى تنسيق قوانين العمل المختلفة ووضع أسس
مشتركة لها تسير عليها الدول ولا سيما تلك التي تتنافس في الميدان الصناعي
العالمى . ولذلك ظهر الاتجاه نحو تدويل قانون العمل - أو على الأقل توحيد
أسسه وموجهاته العامة - منذ القرن التاسع عشر . وقد كانت أول هيئة تكونت
لتحقيق هذه الاهداف هى (الجمعية الدولية للحماية التشريعية للعمال) التي
انشئت في بال عام ١٩٠١ م والتي استطاعت ان تحقق بعض النتائج ولا سيما
بالنسبة لتحريم عمل النساء ليلا في الصناعة .

ولكن النشاط في النطاق الدولى لقانون العمل لم يبدأ بصفة فعالة الا بعد
الحرب العالمية الاولى حيث انشأت هيئة العمل الدولية التي نص عليها في
معاهدات الصلح والتي كانت منظمة ملحقه بعصبة الأمم ثم استقلت هذه الهيئة
عن عصبة الأمم تدريجيا من حيث شروط عضويتها ومن حيث مالياتها ، وقد
سمح لها هذا الانفصال بالبقاء والنشاط حتى اثناء الحرب العالمية الثانية وبعد
زوال عصبة الأمم . وفي عام ١٩٤٦ م تم الاتفاق بين هيئة العمل الدولية وبين
المجلس الاقتصادى والاجتماعى التابع لهيئة الأمم المتحدة على الاعتراف بالهيئة

كمنظمة متخصصة متعاونة مع الأمم . وتتكون هذه الهيئة من مؤتمر العمل الدولي ومكتب العمل الدولي ومجلس ادارتها .

وقد وضعت هذه الهيئة مشروعات اتفاقيات مفتوحة يجوز لكل الدول الانضمام اليها . كما اصدرت العديد من التوصيات بناء على ما تقوم به من دراسات في مجال اختصاصها . ويمكن القول إن نشاط هذه الهيئة قد تناول جميع جوانب قانون العمل بهدف توحيد الأسس التي يقوم عليها قانون العمل في الدول المختلفة .

والى جوار اتفاقيات العمل الدولية فان بعض الدول تنظم اوضاع العمال التابعين لها باتفاقيات دولية ثنائية .

هذا ومن الجدير بالذكر أن المصادر الدولية لنظام العمل تزداد أهميتها بازدياد التعامل بين الدول وباتجاه الكثير من الدول الى فتح حدودها أمام التجارة والتعاون الدوليين .

الفصل الثالث

العناصر المميزة لعقد العمل

عقد العمل عبارة عن اتفاق يتعهد بمقتضاه العامل بأن يضع جهده تحت تصرف رب العمل وأن تربطه به رابطة تبعية في مقابل أجر . وقد نصت المادة (٧٠) من النظام على أن عقد العمل (عقد مبرم بين صاحب عمل وعامل يتعهد الأخير بموجبه أن يعمل تحت ادارة صاحب العمل أو اشرافه مقابل أجر ويتضمن شروط العمل المتفق عليها بينهما وذلك لمدة محددة أو غير محددة أو من أجل القيام بعمل معين) . وتتضمن المادة (٢) من النظام تعريفا أكثر إيجازا اذ تنص على أن النظام يسرى على كل عقد يتعهد بمقتضاه أى شخص بأن يعمل لمصلحة صاحب عمل وتحت ادارته أو إشرافه مقابل أجر .

وبين من هذا التعريف أن لعقد العمل ثلاث خصائص أساسية أولها أنه عقد يرد على العمل أى على عمل الإنسان وبذلك يختلف عن العقود الأخرى التى ترد على الأشياء المادية سواء على ملكيتها كالبيع أم على الانتفاع بها كعقد الإيجار . وثانيها أن الذى يلتزم بأداء العمل انما يؤديه تحت ادارة واشراف الطرف الآخر وهذا هو عنصر التبعية فى عقد العمل الذى يميزه عن غيره من العقود الواردة على العمل . وأخيرا يجب أن يكون أداء العمل مقابل أجر يلتزم به رب العمل .

المبحث الأول : عُقْدُ الْعَمَلِ

من التعريف سالف الذكر يتضح لنا أن عقد العمل يرد على العمل الإنسانى ولذا فهو يختلف عن العقود الواردة على الأشياء المادية وفى مقدمتها عقد البيع .

ويختلط عقد العمل بعقد البيع فى الفروض التى يقدم فيها العامل فضلا عن التزامه بالعمل المواد التى يجرى عليها العمل أو بعضها كما هو الحال مثلا بالنسبة للخياط الذى يبيع القماش الى العميل فضلا عن صنع الحلة منه أو بالنسبة للتاجر الذى يبيع الخشب فضلا عن أجر صناعته أو بالنسبة لغير ذلك من الصور . ويميل رأى الغالب فى الفقه الفرنسى الى اعتبار العقد فى هذه الفروض من قبيل البيع الا اذا كانت قيمة العمل تفوق بكثير قيمة المواد المقدمة ففى هذه الحالة لا يكون العقد بيعا بل يكون عقد عمل أو عقد مقالة تبعا لما اذا توافر عنصر التبعية المميز لعقد العمل أم لا . وهذا ما يأخذ به جانب من الفقه فى مصر وبعض البلاد العربية الأخرى .

هذا ومن الجدير بالذكر انه لا يتصور فى العامل الا أن يكون شخصا طبيعيا أما التعاقد مع الأشخاص الاعتباريين على أداء بعض الاعمال فيكون عقد مقالة ولا يعتبر عقد عمل .

المبحث الثاني : عُنْصُرُ التَّبَعِيَّةِ

يتضح لنا من تعريف عقد العمل ضرورة أداء العامل عمله تحت إدارة وإشراف رب العمل وهو ما يسمى بعنصر التبعية ، ويعتبر عنصر التبعية والخضوع هو المميز الأساسي لعقد العمل ويكاد يكون هو وحده الذى يحل مشكلة تكييف العقد متى عرضت فى العمل . وقد أبرز المشرع هذا العنصر فى تعريفه لعقد العمل الذى يتعهد فيه أحد الطرفين بالعمل ا لمصلحة المتعاقد الآخر وتحت (ادارته) أو (اشرافه) .

والتبعية التى تميز عقد العمل تتمثل فى حق رب العمل فى اصدار أوامر للعامل تجب عليه طاعتها فى تنفيذه للعمل وفى حقه توقيع الجزاء على العامل اذا لم ينفذ هذه الأوامر . وقد جعل القضاء - فى فرنسا وفى مصر - من عنصر التبعية هذا المعيار فى وصف العقد بحيث اذا ثبت أن رب العمل يتمتع قبل العامل بهذه السلطة فيراقب قيامه بالعمل ويصدر اليه أوامر يرى الآخر نفسه ملزماً باتباعها نكون بصدد عقد عمل .

ويرى فريق من الفقهاء ان فكرة التبعية بمعناها القانونى لا تكفى مميزاً لعقد العمل ولذلك يجب ان نستبدل بها فكرة (التبعية الاقتصادية) . وتوجد التبعية الاقتصادية فى نظر هؤلاء الفقهاء واذا كان شخص يستفد كل نشاطه فى العمل لشخص آخر ويحصل من هذا الشخص على كل موارده ، وعلى ذلك يعتبر العقد بين صاحب مصنع وبعض العمال الذين يعملون فى بيوتهم دون رقابة أو اشراف منه عقد عمل لقيام التبعية بمعناها الاقتصادى وان انتفعت بمعناها القانونى . وقد لاقت فكرة التبعية الاقتصادية بعض النجاح وتأثر بها المشرع الفرنسى فعلا ولكن الفقه فى جملته لا يأخذ بها لأنها تربط التكييف القانونى للعقد بعناصر غير قانونية بل اقتصادية محضة وقد تأثر المشرع السعودى بفكرة التبعية الاقتصادية .

وقد استقر الفقه على كفاية التبعية التنظيمية لقيام عقد العمل وعلى أنها

الحد الأدنى من التبعية الذى لا يمكن النزول عنه دون القضاء على عنصر التبعية المميز لعقد العمل ، ولا شك ان التبعية الفنية ليست شرطاً لازماً فقد لا تكون لرب العمل أية دراية فنية بالعمل شأنه فى ذلك شأن المتبوع الذى يسأل عن اخطاء تابعه ولو كان لا يلم بحقيقة عمل هذا التابع . ويبدو من صياغة المادتين (٢) و (٧٠) من نظام العمل والعمال أنهما تكتفیان بالتبعية التنظيمية .

المبحث الثالث : التمييز بين عقد العمل وغيره من العقود

المطلب الأول

التمييز بين عقد العمل وعقد المقاولة

يختلط عقد العمل فى كثير من الاحوال بعقد المقاولة . تثار الصعوبة عند محاولة التمييز بينهما ، فعقد المقاولة هو اقرب العقود الى عقد العمل لأنه عقد يرد على العمل المادى كعقد العمل ، وهو عقد يبرم بين صاحب العمل والمقاول يتعهد المقاول بمقتضاه أن يصنع شيئاً أو ينجز عملاً فى مقابل مبلغ من المال . وقد فرق فقهاء الشريعة الاسلامية بين عقد المقاولة وعقد العمل بالنسبة فذكروا أن الأجير المشترك أو المقاول لا يستحق أجره الا فى مقابل عمل فعلى يتم ادائه ، أما الأجير الخاص أو العامل فيستحق أجره اذا كان تحت تصرف رب العمل ولو لم يؤد عملاً بالفعل^(١) .

وبين من تعريف كل من عقد العمل وعقد المقاولة ومدى الصعوبة التى تثار احياناً للفرقة بين العقدين . ومع ذلك فان التفرقة بينهما بالغة الأهمية لاختلاف النتائج والآثار التى تترتب على كل منهما لاختلاف النظام القانونى

(١) انظر مجموعة فتاوى ابن تيمية المجلد ٣٠ ص ١٨٢ .

الذى يخضع له العامل عن النظام القانونى الذى يخضع له المقاو ، فالقانون يحيط العامل فى علاقته برب العمل برعاية لا يتمتع بها المقاو فى علاقته بمن يتعاقد معه وخاصة فيما يتعلق بسلامة العامل وأجره وحقه فى المكافأة والحق فى احترام مدة الاخطار السابق ، وبينما يعتبر العامل تابعا لرب العمل الذى يسأل عن اخطائه مسئولية المتبوع - لا يعتبر المقاو تابعا لصاحب العمل ولا يتحمل رب العمل أية مسئولية عن افعاله ، وأخيرا لا يتحمل العامل تبعة هلاك الشئ الذى يقع عليه عمله ولا يحول هلاكه دون استحقاقه للأجر بينما تكون تبعة الهلاك فى عقد المقاولة على المقاو وحده .

وقد قدم الفقهاء معايير كثيرة للفرقة بين العقدين ومن ذلك المعيار المستمد من محل العقد فاذا كان العامل يوجر خدماته فى عقد العمل ويضع تحت تصرف رب العمل قدرته على العمل فان المقاو لا يلتزم بتقديم عمله بل يلتزم بتحقيق نتيجة معينة هى موضوع التزامه بمقتضى عقد المقاولة .

وقد رأى بعض الفقهاء ان المعيار الذى يفرق بين العقدين هو معيار كيفية تحديد الأجر ، فاذا كان اجر العامل يتحدد عن كل وحدة زمنية كالساعة او اليوم او الشهر فان اجر المقاو يتحدد تبعا لأهمية النتيجة التى التزم بتحقيقها وفقا للعقد .

اما المعيار الذى استقر فى الفرقة بين عقد العمل والمقاولة واطرد القضاء على الأخذ به فهو معيار التبعية إذ يتميز عقد العمل عن عقد المقاولة برابطة التبعية التى تقوم بين العامل ورب العمل بينما تنعدم هذه التبعية فى عقد المقاولة الذى يحتفظ المقاو فيه باستقلاله فى ادارة العمل .

وقد استقرت محكمة النقض المصرية على الأخذ بهذا المعيار ، كما استقرت على الأخذ به كذلك محكمة النقض فى سوريا ، ومحكمة النقض الفرنسية^(١) .

١ - انظر حكم محكمة النقض المصرية الصادر فى ١٣/٢/١٩٦٣ م وحكم محكمة النقض السورية الصادر فى ٣١/١٠/١٩٦٠ م وحكم محكمة النقض الفرنسية الدائرة الاجتماعية فى ١/١٢/١٩٦١ م وانظر كذلك حكم محكمة النقض الفرنسية الدائرة المدنية الصادر بتاريخ ٢٠/٦/١٩٤٧ م ..

واذا كان المرجع في تمييز العقدين هو الى وجود او انعدام رابطة التبعية فان هذا لا يقلل من اهمية العناصر الأخرى كطريقة تحديد الأجر في تمييز كل من العقدين . عند الآخر ، بل على العكس كثيرا ما يصعب على القاضى تبين ما اذا كانت سلطة التوجيه ثابتة لأحد الطرفين على الاخرام غير ثابتة ولا سيما اذا كان هذا التوجيه يتخذ صورة مخففة تثير الشك في وجوده . لذلك فمن الضروري ان تكون هناك عناصر تكميلية ترجح لدى القاضى وجود أحد العقدين .

وفي هذه الحالات ينصب بحث القاضى على ادارة الطرفين كما تبدو من مجموع ظروف انعقاد العقد وتنفيذه والقرائن المختلفة التى يستشف منها القاضى طبيعة العقد موضوع النزاع .

المطلب الثاني

العقود التى تبرم مع اصحاب المهن الحرة

اثارت العقود التى تعقد مع اصحاب المهن الحرة خلافات في الرأى بين الكتّاب وخاصة بشأن مهنة الطبّ ، وذلك بعد أن استقرّ الرأى الى اعتبارها مهنة يمكن ان يخضع النشاط البشرى فيها للعلاقات القانونية ، وقد استقر الرأى في القرن التاسع عشر على انها خدمة لا تقدم بمال ، ومن ثم فهى تخرج عن دائرة التعامل فالطبيب يعالج المريض طبقا لقواعد علم الطب ، ولا يتلقى أىّ تعليقات أو توجيهات في هذا الخصوص والا ادى ذلك الى اهدار كرامة الطب اذ ان هناك تعارضا ادبيا بين طبيعة المهنة وبين فكرة التبعية . على اية حال فقد استقر الرأى بعد ذلك على انه يجوز قيام عقد عمل يكون الطبيب طرفا فيه كما لو كان العقد مبرما بين طبيب ومستشفى ، او بين طبيبين ، اذ ان الاشراف في مثل هاتين الحاليتين لن يؤدى الى تعارض مع اصول الطب ، وهذه هى القاعدة التى تنطبق على باقى المهن الحرة الأخرى .

وتتميز المهن الحرة عن غيرها بوجه عام على المهارة الشخصية لمن يمارسها وعلى

ثقة الناس في مقدرة وكفاءته وتفترض قدرا لازما من الترفع عن المادة . وهي في التصوير الحديث تتميز عن غيرها من حيث انها تنصب على مصالح يضعها العملاء بين يدي ممارس المهنة الحرة وتحت رعايته وهذه المصالح ذات طابع شخصي خاص لصيق بشخص الانسان ذاته .

وقد جرى العرف على ان يدخل في عداد المهن الحرة المحاماة والطب والتعليم على وجه الخصوص .

واهم ما تتميز به المهن الحرة هو انها تقوم على استقلال كامل لم يباشرها فلا يخضع في عمله الا لعمله ولضميره ولتقاليد المهنة المستقرة . وعنصر الاستقلال هذا هو نتيجة طبيعية لاثمان ممارسة المهنة على المصالح الذاتية لعملائه اذ لا يمكن ان يأتمن العميل من يمارس المهنة الحرة اذا كان يخضع لتوجيه من شخص اخر .

وقد اثارت الأوضاع القانونية للعقود التي يبرمها القانون جدلا كبيرا في الفقه ايضا وقد اشترط القضاء في فرنسا ليصبح عقد الفنان عقد عمل خضوع الفنان للرقابة الفنية ولكن هذا الحكم مفتقد والرأي الراجح في الفقه انه تطبيقا للقواعد العامة لا يشترط لاعتبار هذا العقد عقد عمل الا قيام التبعية التنظيمية فقط دون التبعية الفنية .

المطلب الثالث

التمييز بين عقد العمل وعقد الوكالة

يختلط عقد العمل كذلك في كثير من الأحوال بعقد الوكالة ، بالرغم من ان الوكالة في الأصل تفضلية بينما يعتبر الأجر من أركان عقد العمل ، كذلك تجوز مراجعة اجر الوكيل لزيادته او لانقصاه بينما لا يعترف القانون للقضاء بهذا الحق فيما يتعلق بأجر العامل ، هذا كله بالاضافة الى ان الضمانات الخاصة التي احاط بها القانون العامل لم تنقرر للوكيل ، فحماية اجر العامل بجعله دينا ممتازا وتقرير عدم جواز الحجز عليه هي حماية لا يحظى بها اجر الوكيل ، فحماية اجر العامل

بجعله ديناً ممتازاً وتقرير عدم جواز الحجز عليه هي حماية لا يحظى بها أجرة الوكيل ، والتزام رب العمل بتعويض اصابات العمل ليس له ما يقابله على عاتق الموكل . واخيراً يتمتع العامل عند انتهاء العقد بحماية تفوق تلك التي قررها القانون للوكيل ، في حالة عزله ، هذا فضلاً عن ان الوكالة تنتهي بموت الموكل بينما لا ينتهي عقد العمل في الأصل بموت رب العمل .

وقد عرف الفقهاء المسلمون الوكالة بأنها تفويض احد امره لآخر واقامته مكانه ، وقد اتجهت معظم القوانين الوضعية الى تعريفها بأنها عقد يلتزم الوكيل بمقتضاه بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل وقد ورد هذا المعنى على وجه الخصوص في تعريف القانون الفرنسى للوكالة وفي كل من المادة (٦٩٩) من القانون المصرى والمادة (٦٦٥) من القانون المدنى السورى ، وتضمنته كذلك الكثير من مجموعات القوانين المدنية للبلاد العربية .

واول ما يرجع اليه للترقية بين العقدين ، هو طبيعة العمل موضوع العقد ، فاذا كان هذا العمل من طبيعة قانونية فالعقد وكالة ومعيار طبيعة العمل هو المستقر فى الفقه الحديث وهو الذى تأخذ به ايضا التقنينات المدنية التى سبق ذكرها والتى تعرف الوكالة بأنها عقد ينصب على القيام بعمل قانوني لحساب الغير .

اما اذا كان نفس الشخص مكلفاً بالقيام بأعمال قانونية مادية فى نفس الوقت فالقاعدة هى الحكم بوجود عقدين : عقد الوكالة وعقد عمل وتطبيق احكام كل من العقدين .

ولكن اذا كان من غير الممكن فصل نطاق كل من العقدين عن الآخر فالقاعدة فى مثل هذه الحالة هى الحكم بأن الفرع يتبع الأصل واعتبار المكلف بالعمل لحساب الغير وكيلا ام لا تبعاً لما اذا كان العنصر الغالب هو عنصر العمل القانوني او عنصر العمل المادى وهذه على اية حال مسألة يقدرها قاضى الموضوع^(١) .

(١) - انظر فتوى مجلس الدولة المصرى الصادرة فى ١٥/٤/١٩٥٣م فى هذا الخصوص .

هذا ومن الجدير بالذكر ان التفرقة بين عقدى الوكالة والعمل قد لا تحسم وفقا للمعيار السابق الذى يعتمد على طبيعة العمل وحده بل يجب الاعتماد كذلك على عنصر التبعية - المميز لعقد العمل - فى تحديد طبيعة العقد وحسم مشكلة تكييفه .

ويجمع الفقه والقضاء على ان العقد لا يكون وكالة بل عقد عمل اذا كانت ارادة الشخص الذى يعمل لحساب الغير لا تساهم بأى دور فى تكوين العقد لأن مثل هذا الشخص لا يكون وكيلًا بل رسولا يقتصر على نقل ارادة الغير نقلا ماديا بحتا . وتطبيقا لهذا المبدأ يكون البائعون فى المحلات التجارية الكبيرة ومحصلوا الترام والأنوبيس والكهرباء عمالا وكلاء عن المنشأة التجارية او عن الشركة ، والأساس القانونى لهذه النتيجة يعتمد على ان هؤلاء الأشخاص يقومون بأعمال مادية بحتة وان بدت فى الظاهر أعمالا قانونية . فالتصرف القانونى فى جوهره ارادة وهذا هو ما يميز عن العمل المادى ، فاذا غاب دور هذه الارادة كان المكلف بالعمل مؤديا لعمل مادى ومن ثم يكون العقد عقد عمل لا وكالة .

المطلب الرابع

التمييز بين عقد العمل وعقد الشركة

مما لا شك فيه ان عقد العمل يختلف عن عقد الشركة اختلافا جوهريا . فالعامل لا يتمتع بحقوق الشريك فيما يتعلق بالتوجيه والادارة ولكنه يتمتع بضمانات ليست للشريك من حيث تنظيم العمل ووقته وحماية الأجر والحقوق عند انتهاء العقد ، ويقابل عنصر التبعية المميز لعقد العمل عنصر المساواة بين الشركاء . واذا قامت الصعوبة فى تكييف العقد فى الحالات التى يكون فيها الشريك شريكا بالعمل فانه يجب التفتيش عن نية المشاركة وهى العنصر المميز لعقد الشركة . اما فى حالة عقد العمل فلا وجود لنية الاشتراك بل ان يتمتع بالسلطة الكاملة فى ادارة المشروع كما يتحمل مخاطره كاملة

ويقتصر دور العامل على تقديم عمله لقاء اجر اى انه لا يشارك فى الادارة ولا يتأثر بمصير المشروع من حيث الربح والخسارة .

ويهتم القضاء بصدد التفرقة بين العقدين بعنصر الاعفاء من الخسارة لأن الشريك لا يمكن اعفاؤه من الخسارة والا كانت الشركة باطلة ، ولا يغير من ذلك ان يكون لمن يقدم العمل حق الاشتراك فى ارباح المشروع .

ويقضى نظام العمل السعودى (المادة ٧ رقم ٦) بأن العقد يكون عقد عمل ولو كان اجر العامل ينحصر فى العمولات التى يحصل عليها ، ولا يحد هذا النص ان النظام يميز ان ينحصر الأجر فى نصيب من ارباح رب العمل

العمولات تستحق كسبة من قيمة الصفقة بغض النظر عن الربح والخسارة . ولو كان النظام السعودى يميز ان يكون الأجر بكامله نصيبا من ارباح رب العمل لنصر ذلك صراحة كما فعل التقنين المصرى (مادة ١/٩٦٢) وينتقد البعض التقنين المصرى فى الأخذ بهذا الحل لأنه اذا كان الاشتراك فى الخسارة من صميم عقد الشركة فان عدم تحمل مخاطر المشروع من صميم عقد العمل . وقد استقر القضاء الفرنسى على الاعتداد على معيار التبعية للتمييز بين العقدين (١) .

كما استقر على ذلك القضاء الانجليزى (٢) وهو المعيار الذى اخذ به كذلك القضاء فى مصر وفى بعض البلاد العربية الأخرى (٣) .

(١) - انظر حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر سنة ١٩٢٤ فى هذا الخصوص والمنشور بدورية الأسبوعى ١٩٢٤ ص ٥٣٩ وكذلك حكم محكمة النقض الفرنسية الصادرة ١٩٣٣ والمنشور فى جازيت ديپاليه سنة ١٩٣٣ الحزب الأول ص ١٠٣٦ ..

(٢) - اشار محمد عبد الحالى عمر الى هذا الحكم الصادراً سنة ١٩٥١ فى مجموعته ص ١٠٧

(٣) - انظر حكم محكمة القاهرة الابدائية الصادر فى القضية رقم ٣٧ سنة (١٩٥٤) حكم محكمة الاستئناف بتغازى الصادر فى ٢٠ مايو ١٩٦٩م ..

المبحث الرابع : عُصْر الأجر

والأجر هو العنصر الثالث المميز لعقد العمل وهو لا يعتبر فقط من طبيعة العقد بل من جوهره ومستلزماته ، فإذا انعدم لا تكون بصدد عقد العمل ولكن تكون بصدد عقد تبرع او تفضل ولا يلزم ان يكون الأجر متفقا عليه صراحة او ضمنا بين الطرفين (مادة ١٢٣) من النظام في هذه الحالة طرق تحديد الأجر .

وتنص المادة (١٢٢) من النظام انه يفترض في اداء الخدمة ان يكون باجر اذا كان قوام هذه الخدمة عملا لم تجر العادة بالتبرع به او عملا داخلا في مهنة من أداه وهذا ما ينص عليه القانون المصرى واللىبى صراحة .
وليس هذا الحكم الا تطبيقا لقواعد التغير الموضوعى للعقود وهو ينشئ قرينة بسيطة على وجود الأجر في الحالتين اللتين ينص عليهما .

المطلب الأول

طرق ووسائل تحديد الأجر

وتعرف المادة (٧) من النظام في بند (٦) منها الأجر بأنه كل ما يعطى للعامل مقابل عمله بموجب عقد عمل مكتوب او غير مكتوب مهما كان نوع الأجر سواء كان نقدا او عينا مما يدفع بالشهر او بالأسبوع او باليوم او بالقطعة او بالنسبة لساعات العمل او لمقدار الانتاج سواء كان ذلك كله او بعضه من عمولات او من الهبة اذا جرى العرف بدفعها وكانت لها قواعد تسمح بضبطها . وبصورة عامة يشمل الأجر جميع الزيادات والعلاوات ايا كان نوعها بما في ذلك تعويض غلاء المعيشة وتعويض العائلة ، وكذلك تتضمن المادة (١٣٤) من النظام تفصيلا بشأن صور اخرى من المبالغ الداخلية قانونا في معنى الأجر .

١ - الأجر النقدي والأجر العيني :

والغالب في الأجر أن يكون نقدياً ، غير أنه يجوز أن يكون الأجر عينياً كمحصولات أو سلع مصنوعة أو طعام أو سكن أو غير ذلك . ويجوز أن يكون الأجر نقدياً في جزء منه وعينياً في الجزء الآخر . ويغلب في هذه الحالة أن تكون المزايا العينية التي يحصل عليها العامل مجرد مزايا تابعة تقتضيها طبيعة العمل كما هو الحال في اسكان واطعام عمال السفن البحرية أو في منح سكن لحارس المنزل .

٢ - تحديد الأجر بحسب الوحدة الزمنية أو بالقطعة :

وتتبع طرق مختلفة في تحديد الأجر بحسب الزمن أى عن كل وحدة زمنية وتكون الوحدة غالباً شهراً ولكن أن تحدد بالاسبوع أو اليوم او الساعة (مادة ٧) . وقد يتحدد الأجر بالقطعة فيتفق على أجر معين عن كل وحدة يتمها العامل .

وقد يجمع بين الطريقتين فيتفق على أجر معين يحدد على أساس زمنى تضاف اليه تكملة تحدد على أساس ما تم من انتاجه من وحدات في كل فترة زمنية وهذا ما يسمى بالأجر بالطريقة كما يمكن تحديد الأجر تبعاً لمقدار الانتاج مادة (٧) .

المطلب الثاني

صور الأجر

لما كان الأجر بالغ الأهمية في تحديد العقد ونظراً لما يتمتع به من ضمانات لذلك كان من الضروري تحديد معيار بين الأجر وغيره من المبالغ التي تمنح للعامل . ويميل الفقه والقضاء الى الاستعانة بالقواعد العامة في نظرية السبب لتحديد الأجر اذ ان الأجر نظير العمل والالتزام بأداء الأجر يجد سببه في التزام العامل بأداء العمل ولذلك يعتبر من قبيل الأجر أى مبلغ يستحقه العامل ويكون سبب التزام رب العمل بأدائه هو قيام العامل بالعمل وتثير بعض صور الأجر

صعوبة تقتضى الوقوف عندها ودراستها ، وفيما يلي بعض هذه الصور .

١ - المنحة :

تنص المادة (١٢٤) من النظام على أنه يعتبر جزءاً لا يتجزأ من الأجر وتحسب في تعيين القدر الجائز المحجز عليه كل منحة تعطى للعامل علاوة على المرتب وما يصرف له جزاء أمانته أو في مقابل زيادة اعبائه العائلية وما شابه ذلك اذا كانت هذه المبالغ مقررة في عقود العمل أو في نظام العمل الأساسي أو جرى العرف بمنحها حتى أصبح العمال يعتبرونها جزءاً من الأجر لا تبرعا . والمنحة عبارة عن مبلغ اضافي يمنحه صاحب العمل لعماله زيادة على اجورهم في مناسبات معينة ، وقد تكون المنحة مبلغا نقديا كما قد تكون عينا .

والمنحة لا صلة لها بالربح الذى يحققه المشروع ، لانها ليست مشاركة في الأرباح ، كما أنها تختلف عن المكافأة التى يحصل عليها العامل نتيجة اجتهاده في العمل ، اذ لا ارتباط بين المنحة وبين كفاءة العامل .

والمنحة في الأصل تبرع لا يتصور الزام صاحب العمل به وبالتالي لا يمكن الزامه بالتبرع بمبلغ معين ثابت لهؤلاء العمال . ولا يغير من ذلك تكرر منحها عاما بعد عام لأن تكرار التبرع لا يقلبه الى أن يكون أداء لالتزام ، ولذلك كان تحديد الوقت الذى تقلب فيه المنحة الى التزام وتعتبر تبعا لذلك جزءاً من الأجر مثيرا لكثير من الصعوبات ، وقد استعان القضاء الفرنسى في حل هذه الصعوبات بعناصر معينة هى العمومية أى شمول المنحة لكل عمال المشروع والدوام أو الاستمرار ثم الثبات أى ثبات قيمة المنحة اذ يفهم منه أن صاحب العمل لم يكن حرا في تحديد قدر المنحة بل كان يحترم عرفا قائما استقر على تحديد قيمتها بمبلغ معين .

أما النظام السعودى فيقرر أن المنحة لا تكون جزءاً من الأجر الا في حالتين : الأولى أن يرد النص عليها في عقود العمل الفردية أو في لوائح العمل بالمشأة ، والحالة الثانية هى حالة جريان العرف بمنحها حتى اصبح العمال يعتبرونها جزءاً من الأجر لا تبرعا .

٢ - العلاوة :

العلاوة مبلغ يدفعه رب العمل الى العامل زيادة عن الأجر الأساسي وذلك لأسباب متعددة كغلاء المعيشة أو طول مدة العمل في المنشأة أو ازدياد الاعباء العائلية للعامل ، وقد نصت المادة ٧ فقرة (٦) على ان جميع الزيادات والعلاوات أيا كان نوعها تعتبر جزءاً من الأجر بما في ذلك تعويض غلاء المعيشة وتعويض اعباء العائلة ، كما اشارت المادة ١٢٤ من النظام الى العلاوات التي تصرف لمستخدمى المحال التجارية بسبب غلاء المعيشة .

ويبين من استعراض هذه النصوص أن علاوات غلاء المعيشة التي تدفع الى العامل تعتبر جزءاً من الأجر وكذلك فان أى علاوة مقررّة في عقود العمل (طبقاً للمادة ٧) أو في نظام العمل الأساسي للمنشأة (مادة ١٢٤) فانها تعتبر جزءاً من الأجر ، ولا تصبح العلاوة في غير هذه الاحوال جزءاً من الأجر الا اذا توافر شرط جريان العرف بها وفقاً لقواعد اعتبار المنحة جزءاً من الأجر ، وهذا ما يمكن استخلاصه من حكم (١٢٤) فقرة (٣) التي لا تفرق بين المنحة والعلاوة بل تعتبر المنحة طبقاً لهذا النص علاوة على المرتب كما يطلق تعبير المنحة على ما يقابل زيادة الأعباء العائلية ، ومن هذا يبين أن حكم العلاوة لا يختلف في النظام عن حكم المنحة .

٣ - العمالة :

تعتبر العمالة التي تعطى للطوافين والمندوبين والجوايين والممثلين التجاريين جزءاً من الأجر ، وقد اورد المشرع السعودي هذا الحكم صراحة فنص على أن العمالة التي تعطى للطوافين والمندوبين الجوايين والممثلين التجاريين والنسب المثوية التي تدفع الى مستخدمى المحال التجارية عن ثمن ما يبيعونه .. تعتبر جزءاً لا يتجزأ من الأجر (مادة ١٢٤ فقرة ١ ، ٢ من النظام) .

والعمالة أو العمولة هي مبلغ يتقاضاه العامل عن الصفقات التي يوفق في الحصول عليها للمنشأة التي تستخدمه ، والغالب عملاً هو أن تحدد العمولة بنسبة مئوية من قيمة الصفقة .

العمالة ليست نسبة من الربح الذى يحققه صاحب العمل .، ولكنها عبارة عن نسبة من قيمة الصفقة التى تتحقق بناء على تدخل الوسيط أو المندوب التجارى . ومن ثم فإن مبلغ العمالة يكون سهل التحديد بمجرد تحديد قيمة الصفقة . فالعمالة تستحق للوسيط ولو اسفرت العملية عن خسارة لصاحب العمل .

لا يدخل فى الحساب مصاريف الشحن والنقل والتغليف . ويغلب فى العمل أن توجد العمولة الى جانب اجرت ثابت يتقاضاه العامل . غير انه ليس هناك ما يحول دون أن تكون العمالة هى المقابل الوحيد للعمل وحتى فى هذه الحالة لا يتعرض العامل لفقد قيمة عمله كما هو الحال اذا كان الأجر حصة معينة فى الربح . وقد تحتسب العمولة من رقم الاعمال الاجمالى للمنشأة . وقد الحق القانون بالعمالة فى الحكم النسب المثوية التى تمنح الى مستخدمى المحال التجارية عن ثمن ما يبيعونه (مادة ١٢٤) .

٤ - الهبة :

أما الهبة فهى مبلغ يدفعه عميل المنشأة الى عاملها بمناسبة تنفيذ الصفقة أو أداء الخدمة التى تعاقد عليها مع هذه المنشأة ويطلق عليها فى كثير من الأحوال البقشيش وأهم ما يميز الهبة هو أنها تدفع من العميل لا من رب العمل . ولكى يستوى بعد ذلك أن يؤديها العميل الى العامل مباشرة أو أن يدفعها الى رب العمل الذى يكون عليه أن يسلمها للعامل .

ومن ناحية اخرى يجب أن نستبعد كذلك أن الباعث على الهبة هو حسن الخدمة التى يؤديها العامل للعميل ، اذ أنه فى كثير من الحالات لا ترتبط الهبة باقتناع العميل بحسن أداء الخدمة ، بل بمجرد قيام العامل بأدائها حتى ولو لم تلق قبولاً من العميل . والهبة اصلاً عبارة عن تبرع من قبل العميل ومن ثم لا تدخل فى الأجر لأن الأجر يدفع فى مقابل العمل ، وهو الالتزام الناشئ عن عقد معاوضة وليس للتبرع أو التفضل ولكن المشرع رأى أن بعض حالات الهبة تظهر فيها صورة الالتزام وتعتبر جزءاً من الأجر .

وإذا كان الأصل في نظام الهبة أن العميل يدفعها طائعا مختارا ليعبر عن رضاه عن كيفية تنفيذ العامل لعمله وحسن معاملته . فلم تكن الهبة تثير صعوبات قانونية وقتئذ لأنها كانت تعتبر بمثابة هبة يدوية الى العامل لا شأن لها برابطة العمل التي تقوم بينه وبين رب العمل ، ولكن اعطاء الهبة انتشر وذاع حتى صار منحها عادة وصار العملاء يؤدونها احتراماً لهذه العادة التي لا يكادون يجروون على مخالفتها أيا كان مستوى وكيفية أداء العامل للخدمة ومن هنا اعتبرت بعض صور الهبة من قبيل الأجر .

وقد نصت المادة (٧) من النظام على أن الأجر يمكن ان يتكون كله أو بعضه من الهبة اذا جرى العرف بدفعها وكانت قواعد تسمح بضبطها .

٥ - المكافأة :

يتسع نص المادة (٧) من النظام ليشمل المكافأة باعتبارها جزءاً من الأجر والمكافأة مبلغ من المال يدفعه رب العمل الى العامل اذا حقق نتائج معينة يهدف اليها رب العمل ويرضى عنها وتتعلق بحسن سير العمل واستغلال المنشأة . ولا تختلط المكافأة بالأجر الذي يحدد بالقطعة لأنها لا تكون الا تكملة اضافية لأجر ثابت محدد تحديداً زمنياً كما انها لا تتوقف دائماً على عدد الوحدات المنتجة بل وقد تتوقف على عناصر أخرى للانتاج . وتعتبر المكافأة جزءاً من الأجر ولو أن النظام لا يخصها بالذكر وذلك وفقاً للقاعدة التي سبق ان ذكرها ولأنها تؤدي في نظير العمل والجهد الاضافي الذي بذله العامل لتحقيق النتيجة المطلوبة .

٦ - البذل :

البذل مبلغ يعطيه رب العمل للعامل لمواجهة إفتقاره بسبب العمل . والأصل في معنى البذل انه تعويض للعامل عن نفقات تستلزمها طبيعة العمل وليس عليه ان يتحملها كما هو الحال في بذل السفر أو بذل الملابس الخاصة بالعمل ونحو ذلك .

وفي هذه الصورة لا يعتبر البذل جزءاً من الأجر لأنه لا يستحق في نظير عمل أداه العامل بل يكون بمثابة تعويض للعامل عن النفقات الاستثنائية

الخاصة التى يتطلبها أداء العمل .
أما اذا كان المبلغ المسمى بدلا يدفع الى العامل فى نظير عمل كما اذا كان
يؤدى نظير زيادة ساعات العمل أو العمل فى ظروف شاقة غير عادية فانه يعتبر
جزأ من الأجر وتنطبق عليه احكام الأجر .

وكذلك الحال بالنسبة لبذل السكن وبذل الاغتراب وبذل العدوى وبذل
الخطر وبذل التحليق فى الجو وغير ذلك من صور البدلات التى لا تعتبر تعويضا
فعليا ومباشرا عن نفقات محددة يستوجبها العمل فهذه كلها تعتبر من الأجر
لأنها لا تمنح لمواجهة افتقار بسبب العمل بل فى نظير العمل فى ظروف غير
عادية .



الباب الثاني

مجال تطبيق نظام العمل والعمال

لا يكفي أن هناك عقد عمل مستوفياً لأركانه القانونية حتى ينطبق نظام العمل والعمال بل يجب ألا يكون هذا العقد داخلاً ضمن الصور المستبعدة من انطباق النظام . وقد حددت المواد من (٢) الى (٥) من نظام العقود التي تخضع بالنص الصريح لأحكام النظام . وتلك التي تستبعد الخضوع لأحكامه كما بينت عقود العمل التي لاتخضع لبعض أحكام النظام بينما تخضع للبعض الآخر .

ويبين من هذا انه وإن كان نظام العمل يحكم علاقات العمل كقاعدة عامة فإن هذا لا يعنى أنه يختص بحكم كل تلك العلاقات ولكن بعد أن كان الأصل والقاعدة هو خضوع بعض الطوائف لأحكامه على سبيل الحصر انقلب الأمر الى العكس فأصبح نظام العمل هو الأصل والأساس في حكم علاقات العمل ، ولا يخرج عن الخضوع له سوى الفئات والطوائف التي ينص هو على استبعادها ، وعلى سبيل الحصر دون قياس عليها أو توسع فيها .

الفصل الأول

الأصل خضوع عقود العمل لنظام العمل والعمال

المبحث الأول : عقود العمل لدى أصحاب العمل
الذين لا يتوخون الربح .

حرص المشرع السعودي على وضع القاعدة العامة في (٢ أ) من النظام التي تؤكد عمومية انطباق احكام نظام العمل والعمال - فيما عدا الحالات المستثناة - على جميع عقود العمل بغض النظر عن نوع نشاط رب العمل أو اهداف النشاط ، وحتى دون أن يتوقف انطباق النظام على اشتراط أن يهدف النشاط ومجال العمل الى تحقيق الربح كما هو شأن المشروعات الصناعية والتجارية فقد لا يستهدف هذا النشاط تحقيق الربح دون أن يؤثر ذلك على خضوع عقود العمل بشأنه للنظام مثل عقود العمل التي تعقد مع النوادي الرياضية وجمعيات الدعوة الدينية والخلقية والمؤسسات الخيرية على اختلاف انواعها وسواء أكان هدفها هو التعليم أو العلاج أو تقديم المساعدات الاجتماعية أو غير ذلك . فكل الصور السابقة سواء في نظر القانون وتخضع عقود العمل فيها جميعاً لأحكامه .

وقد حرصت المادة (٢ ج) على قطع أى شك في هذا الخصوص باليقين فنصت على تأكيد سريان أحكام النظام على العاملين لدى (المؤسسات الخيرية) .

وقد أقر مجلس الوزراء مبدأ تمتع عمال المشروعات الخيرية بضمانات نظام العمل وتم اقرار هذا المبدأ بمقتضى القرار رقم ١٥٦ في ٢١ / ٩ / ١٣٨٠ هـ .

في ظل نظام العمل لعام ١٣٦٦ هـ . رغم أن نص المادة الاولى من ذلك النظام كانت تتضمن قصر تطبيق احكام النظام على المشروعات التى تستهدف الربح دون غيرها .^(١) وقد طبقت وزارة العمل والشؤون الاجتماعية قرار مجلس الوزراء سالف الذكر بدون أثر رجعى بل بأثر فوري اعتبارا من ٢١ / ٩ / ١٣٨٠ هـ .^(٢) .

المبحث الثانى : خضوع عمال الحكومة والهيئات المحلية والمؤسسات العامة

يخضع موظفو الدولة والهيئات المحلية والمؤسسات العامة لنظام الخدمة المدنية وللتشريعات الخاصة والمكملة التى يصدرها المشرع فى هذا الخصوص ومن ثم فهم لا يخضعون لنظام العمل والعمال وهذا الحكم مستقر فى التشريع والفقه والقضاء فى مختلف بلاد العالم العربى .

ولكن هناك طائفة من العاملين فى الحكومة والهيئات المحلية والمؤسسات العامة يسمون (عمال الحكومة) وهؤلاء لا يخضعون لنظام العمل والعمال السعودى الحالى بصريح نص المادة (٢ ج) منه .

وفى ظل نظام العمل لعام ١٣٦٦ هـ . قرر مجلس الوزراء رقم ١٦٥ فى ٢١ / ٩ / ١٣٨٠ هـ . بشأن خضوع العمال الذين تستخدمهم الجهات الحكومية فى اعمالها ومشروعاتها الصناعية والزراعية والتجارية لبعض أحكام النظام المذكور .

(١) طبق مجلس الوزراء هذا المبدأ على علاقات العين العريضة مع عمالها بالقرار رقم ٨١ وتاريخ ٢ / ٢ / ٨٢ هـ . وكذلك طبق المبدأ المذكور على عمال مشروع توسعة المسجد الحرام بالقرار رقم ٨٨ وتاريخ ١٣ / ٢ / ١٣٨٢ هـ . . .

(٢) انظر فى هذا الخصوص كتاب وكيل وزارة العمل رقم ٣٢ / ٣ / ١٣٠٣ / ١ وتاريخ ٢٥ / ٥ / ١٣٩٠ هـ .

وقبل صدور نظام العمل والعمال في ١٩ / ٩ / ١٣٨٩ هـ . صدر قرار مجلس الوزراء رقم ٨٣٧ وتاريخ ٢٨ / ١٠ / ١٣٨٧ هـ . متضمنا تعريف هؤلاء العمال بأنهم المستخدمون الذين يؤدون للجهات الإدارية الحكومية أعمالا يدوية من اصحاب الحرف سواء كانوا من ذوى الحرف الفنية كالنجارين والكهربائيين والميكانيكيين أو غيرهم كالحمالين وعمال النظافة في البلديات وعمال الحفريات وعمال النقل .

ولكن لا يعتبر من العمال النساخ والكتبة وأمثالهم من المستخدمين العاديين للأجهزة الإدارية كما لا يقصد بهم الفَراشون والمراسلون .
ويقضى قرار مجلس الوزراء السابق بأن استخدام العمال يتم على أساس الأجر اليومي وبأن تأديبهم يتم وفق القواعد التى تنظم تأديب موظفى خارج الهيئة .

وقد تضمن القرار المذكور كذلك خضوع هؤلاء العمال لاحكام نظام العمل والعمال عدا الأحكام الخاصة بالنزاع العمالى واجراءات الدعاوى العمالية ويتولى ديوان المظفين الفصل فى التظلمات المقدمة من العمال فيما يتعلق بالعمل أو حقوقه .

هذا وقد الغى النظام الحالى ضمنا القرار رقم ٨٣٧ وتاريخ ٢٨ / ١٠ / ٨٧ هـ . وأصبحت تختص حاليا اللجان العمالية بنظر تظلمات عمال الحكومة واصبحت كل احكام النظام سارية على العمال سالفى الذكر .

المبحث الثالث : عقود التدرج أو التلمذة الصناعيّة

عقد التدرج هو العقد الذى يتعهد بموجبه صاحب العمل أن يستخدم عاملا شابا ليعلمه بصورة أصولية مهنة او حرفة معينة خلال مدة محددة بلزم العامل المتدرج بالعمل خلالها تحت اشراف صاحب العمل (مادة ٥٦) .
تقضى المادة (٢ ب) من النظام بأن احكامه تسرى على عقود التدرج

أى التلمذة الصناعية ، ويعتبر عقد التلمذة الصناعية عقدا من طبيعة خاصة وتحكمه المواد من (٥٦) الى (٦٩) من النظام .

ويلتزم المتدرج بموجب العقد بأن يتقيد بتعليمات وإرشادات معلمه باحترام وأدب وأن يتعاون معه وأن يعاونه في حدود طاقته وقدرته (مادة ٦٥) ، وعند انتهاء مدة التدرج لا يلتزم المتدرج بالبقاء في خدمة رب العمل ما لم يقض عقد التدرج بغير ذلك (مادة ٦٩) . أما رب العمل فهو يلتزم بتعليم المتدرج تدريجيا وبصورة تامة أصول وطرائف المهنة أو الحرفة وأن يسلمه عند نهاية التدرج وثيقة تشعر بانتهائه (مادة ٦٤) وعليه ان يؤدي اجرا الى المتدرج في جميع مراحل التدرج المتعاقبة وبشرط الا يقل الأجر في المرحلة الأخيرة من التدرج عن الأجور الدنيا المعطاة لعمل مماثل ولا يجوز بأى حال أن يتحدد الأجر على أساس القطعة أو الانتاج (مادة ٥٨) . وعلى رب العمل أيضا أن يعامل المتدرج كأب صالح فيرشده ويشرف على سلوكه (مادة ٦٣) ولكن من حقه أن يفسخ عقد التدرج اذا لمس من المتدرج عدم القابلية أو عدم القدرة على اكمال التدرج بصورة مفيدة ويثبت هذا الحق في الفسخ أيضا للمتدرج ولوليّه (مادة ٦٦) .

وقد نصت المادة (٥٨) من النظام على كتابة عقد التدرج ، وان يحدد العقد مدة التدرج ومراحله المتعاقبة والأجور المستحقة في كل مرحلة .

وأوجبت المادة (٥٩) أن تودع أحدث النسخ الثلاث للعقد في مكتب العمل المختص وأن يعتبر التاريخ الرسمي الثابت للعقد هو تاريخ ايداع وتسجيل هذه النسخة في مكتب العمل ، كما أوجبت أن يوقع العقد من قبل صاحب العمل أو ممثله الرسمي ، ومن قبل العامل المتدرج أو من وليه أو وصيه اذا كانت سنه تقل عن السادسة عشرة .

الفصل الثاني

العقود المستبعدة من انطباق النظام

نصت المادة (٣) من النظام على استبعاد ثلاث طوائف من العمال من الخضوع لاحكام النظام ، وهذه الطوائف الثلاث هي :

١ - العمال في المنشآت العائلية التي لا تضم سوى أفراد أسرة صاحب العمل .

٢ - الاشخاص الذين يشتغلون في المراعى أو الزراعة فيما عدا :
أ - الأشخاص الذين يشتغلون في المؤسسات الزراعية التي تقوم بتصنيع منتجاتها .

ب - الذين يقومون بصفة دائمة بتشغيل اواصلاح الآلات الميكانيكية اللازمة للزراعة .

٣ - خدم المنازل ومن في حكمهم .
وسنعرض لهذه الاستثناءات حسب اهميتها الاقتصادية والاجتماعية فنبداً باستثناء عقود العمل في مجالى الزراعة والرعى ، ثم نعرض للاستثناء الخاص بالمنشآت العائلية ، وندرس أخيراً الاستثناء الخاص بخدم المنازل ومن في حكمهم .

وانه ان كان المشرع قد اخرج الطوائف السابقة من نطاق تطبيق احكام نظام العمل ، الا أن هذا لا يعنى عدم اخضاعهم لأية حماية . فانهم يخضعون للحماية التي تقرها القواعد العامة بشأن العقود حتى يرى المشرع أن من المناسب اخضاعهم لقواعد خاصة بهم .

المبحث الأول : عقود العمل في الزراعة أو المراعى

نصت المادة (٣) فقرة (ب) على استثناء الأشخاص الذين يشتغلون في المراعى أو الزراعة . ونتيجة لهذا الاستثناء الخطير الذى يعد اهم الاستثناءات الواردة فى النظام يقتصر تطبيق نظام العمل فى مجال المشروعات الاقتصادية على عمال المشروعات الصناعية والتجارية وحدها . ولم يفصح المشرع عن سبب هذا الاستثناء الهام ، ويبدو أن القانون قد نظر الى الظروف الاقتصادية والاجتماعية السائدة فى قطاعى الزراعة والرعى فى المملكة وهى ظروف قد لا تتفق فى بساطتها وبدائيتها مع تطبيق احكام النظام بما يترتب عليه من التزامات لا قبل لأرباب الاعمال بها فى الوقت الحالى فى هذا النوع من الاستثمار ، كذلك يرجع هذا الاستثناء بصفة عامة فى مختلف بلاد العالم الى الظروف التاريخية لنشأة قانون العمل . فقانون العمل قد نشأ فى بداية عهده ليحكم عمال الصناعة ، ولم يكن من المتصور أن يحكم العاملين فى القطاع الزراعى .

هذا كله فضلا عن ان هناك طبيعة معينة للعمل الزراعى ، فالعامل الزراعى يتصل بصاحب العمل اتصالا وثيقا ، بل قد يعملان جنبا الى جنب فى كثير من الاحيان . والعرف والتقاليد يحكمان هذه الصورة من صور العمل الانسانى ويقتربان بها ، الى حد بعيد ، من علاقة صاحب العمل بأفراد أسرته الذين يعملون لديه وهو ما لا يتوفر بوجه عام فى العمل الصناعى والتجارى . على اية حال فان بعض الدول العربية اخضعت أخيرا عقود العمل فى المجال الزراعى لقانون العمل وقد تم هذا فى كل من مصر وسوريا .

ومن الجدير بالذكر أن استثناء عمال الزراعة والرعى من الخضوع لنظام العمل والعمال فى المملكة ليس استثناء مطلقا . اذ تستثنى المادة (٣ ب) من هذا الحكم فريقين يخضعان تبعا لذلك لأحكام النظام وهما :

١ - الأشخاص الذين يشتغلون فى المؤسسات الزراعية التى تقوم بتصنيع منتجاتها .

٢ - الاشخاص الذين يقومون بصفة دائمة بتشغيل او اصلاح الآلات الميكانيكية اللازمة للزراعة . وعلى ذلك يخضع للنظام سائقوا الجرارات الزراعية والقائمون على صيانتها ولو كان المشروع لا يقوم بتصنيع منتجاته .

المبحث الثاني : العُمال في المنشآت العائليّة

نصت المادة (٣) فقرة (أ) من النظام على انه تستثنى من تطبيق احكام النظام (العمال في المنشآت العائلية التي لا تضم سوى افراد أسرة صاحب العمل .

ويشترط لاستبعاد تطبيق احكام النظام ان يتوفر الشرطان الآتيان :

١ أن ينتمي العمال الى أسرة صاحب العمل ، ويقصد بالأسرة في هذا النص الأسرة بمعناها الواسع الذى يشمل كل من يربطهم برب العمل أصل مشترك كالأصول والفروع . وكذلك ينطبق النص ولو كان صاحب العمل لا يعول أفراد الأسرة العاملين بالمنشآت بل ولو كان لا يعولهم ولا يتولى الإنفاق عليهم وذلك لعموم النص (١) .

٢ - ويجب أن تكون المنشأة عائلية تماما لا تستخدم أى عامل لا ينتمى لأسرة صاحب العمل ولو كان عاملا واحدا . واذا وجد بالمنشأة عمال أجنب فلا شك أن احكام نظام العمل تسرى على الرابطة بين هؤلاء العمال وصاحب العمل .

(١) انظر عكس هذا الرأى الدكتور / نزار عبد الرحمن الكيالى في (الوسيط في شرح نظام العمل السعودى) سنة ١٩٧٣ م ص ٦٢ وقد استند الدكتور الكيالى في قوله بالرأى العكسى الى أن هذا شرط حتى يمكن استخلاصه من الشرع الحنيف ، والواقع انه نظرا لعموم النص ولأن احكام الشريعة الاسلامية لم تعرض قواعد تتعلق بضمانات العمال يستثنى من احكامها في حالة المنشآت العائلية فإننا نؤثر أن بطل مفهوم النص عاما إذ أن المطلق على اطلاقه ما لم يكن هناك ما يخصه ولا مجال في هذا الخصوص للاستثناس باحكام المادة (٨٨) من قانون العمل الموحد المعمول به في مصر وسوريا إذ يتضمن هذا النص استثناء أسرة صاحب العمل الذين (يعولهم فعلا) .

والواقع أن هذا الاستثناء يرجع الى الحرص على صلة القرابة القائمة في هذه الحالة مع رب العمل والعمال خشية أن يفسدها ما قد ينشأ من خصومات بين أفراد الأسرة الواحدة نتيجة سريان احكام النظام عليهم فضلا عن أن المنشآت العائلية تكون غالبا منشآت صغيرة قليلة الربح .

المبحث الثالث : خَدم المنازل وَمَن فِي حُكْمِهِم

لا تسرى كذلك أحكام نظام العمل والعمال على خدام المنازل ومن في حكمهم وفقا لأحكام المادة (٣) فقرة (د) من النظام ، ويرر استثناءهم بأن طبيعة العمل الذى يؤدونه تختلف عن طبيعة العمل الذى يؤديه باقى طوائف العمال كما أن عملهم ذو صلة شخصية مباشرة بمخدوميهم مما يمكنهم من الاطلاع على أسرارهم وشؤونهم الخاصة الأمر الذى قد يتطلب وضع قانون خاص بهم تراعى فيه هذه الظروف أو اخضاعهم لأحكام مغايرة لنظام العمل والعمال .

ويثير تحديد معنى الخدم في هذا النص صعوبات كبيرة في العمل لا سيما ان النظام هنا يفتح باب القياس - بعكس الحال في الاستثناءات السابقة - حينما يلحق بخدم المنازل (من في حكمهم) وعلى عكس هذا المفهوم الواسع للخدام في نظام العمل والعمال تأخذ المادة (٢) من اللائحة التنفيذية لنظام - التأمينات الاجتماعية بمفهوم ضيق لخدم المنازل : فالخدام طبقا لهذه اللائحة هو الشخص الذى يعمل بالخدمة المنزلية البحتة فلا يعتبر خادما السائق الخصوصى وسائر العاملين بالأبنية كالحراس وعمال المصاعد وعمال الحدائق .

ولا يمكن الأخذ بهذا التعريف بالنسبة لنظام العمل والعمال لأن هذا النظام يوسع كما ذكرنا في مفهوم الخدم فيلحق بالخدم من يكون في حكمهم بينما لا يستثنى نظام التأمينات سوى الخدم فقط . هذا وضع القضاء الضوابط الآتية : لتحديد مفهوم الخادم :

١ - الخادم يؤدى عملا من طبيعة مادية فيدخل في مفهوم الخادم في هذا

الخصوص السفرجى والطاهى والبستانى وسائق السيارة الخاصة . والمرضة أما الأشخاص الذين يقومون بأعمال ذهنية كالطبيب الخاص بالعائلة والمدرس الخصوصى والسكرتير الخاص فلا يعتبرون من قبيل الخدم ولا يستثنون من تطبيق احكام النظام .

٢ - الخادم يعمل فى منزل وعلى ذلك لا يعتبر خادما (الفراش) الذى يعمل فى مكتب المحامى أو فى شركة لحساب رب العمل وتحت اشرافه ولا عمال الفنادق أو المحال التجارية والعامة ولا خدم النوادى الخاصة ولا (التومرجى) الذى يعمل فى عيادة الطبيب وذلك لأنهم لا يقومون بالعمل فى المنازل .

٣ - الخادم يتصل اتصالا شخصيا بمن يؤدى له الخدمة فلا يكفى أن يقوم شخص بأعمال مادية للغير فى منزل بل يجب كذلك توافر شرط كالاتصال الشخصى بالمخدم وتطبيقا يذهب الرأى الى أن خفاء العمارات الاستغلالية وبوابها لا يعتبرون من قبيل الخدم ويستفيدون من احكام قانون العمل وذلك لأن الخفير أو البواب وان كان يعمل فى منزل فانه لا يتصل بسكانه اتصالا شخصيا كما هو الحال بالنسبة للخدم بالمعنى الجارى . وتستبعد اللائحة التنفيذية لنظام التأمينات الاجتماعية اعتبار الحراس من قبيل الخدم ولكن يبدو أن الحارس لا يعتبر طبقا لحكمها من خدم المنازل ولو كان يتولى حراسة منزل خاص .

الفصل الثالث

العقود التى تطبق عليها جزئيا بعض احكام نظام العمل والعمال

نصت المادة (٤) من نظام العمل والعمال على انه :
(ما لم يرد نص خاص لا تسرى احكام الفصل الثامن والمواد
(١٦٤ ، ١٦٥ ، ١٦٦) على ما يلى :

أ - العمال الذين يعملون في محال لا تدار بآلات ميكانيكية ، وتستخدم عادة اقل من خمسة عمال وليست من الاعمال التى ينشأ عنها مرض مهنى مما هو منصوص عليه في جدول أمراض المهنة .

ب - الملاحين والربابنة الذين يعملون في سفن تقل حمولتها عن خمسمائة طن الذين يخضعون لاحكام الباب الثانى من النظام التجارى (التجارة البحرية) .. الخ . كما نصت المادة (٥) من النظام على أن :

(لوزير العمل اعتبار كل المؤسسات التالية أو بعضها من المؤسسات التى تشملها احكام المواد والفصول المبينة في المادة الرابعة من هذا النظام وهى :

أ - أية مؤسسة يعمل فيها احداث .

ب - أية مؤسسة يعمل فيها نساء .

ومفهوم المادة (٤) من النظام أن الاحكام التى يستبقى تطبيقها على الطائفتين اللتين أشارت اليهما المادة سالفة الذكر هى نوعان من الاحكام :

أولا : الاحكام الخاصة بالحصول على تراخيص لبعض المباني :

وهذه الاحكام هى احكام الفصل الثامن من النظام (المادتان (١٤٥) و (١٤٦) الخاصان بانشاء مؤسسات جديدة . وتوجب المادة (١٤٥) الحصول على ترخيص خاص عند انشاء مبان لاستخدامها في مشروع يدار بالآلات الميكانيكية ويستخدم عشرين عاملا على الأقل . وتجز المادة (١٤٦) لمكتب العمل اذا تبين له أن البناء أو الآلات بحالة تشكل خطرا على حياة الإنسان أو سلامته أن يصدر الى المؤسسة أمرا كتابيا باجراء الاصلاحات اللازمة كما تجيز له ان يمنع استعمال الآلة أو البناء مصدر الخطر حتى يتم اصلاحه أو تغييره .

ثانيا : الاحكام الخاصة باجازه الوضع للعاملات :

وهى احكام المواد (١٦٤) و (١٦٥) و (١٦٦) وهى مواد خاصة بالنساء العاملات وتقرر حق المرأة العاملة في اجازة الوضع وفي فترة راحة خاصة للاوضاع وفي مصاريف الفحص الطبى ونفقات العلاج والولادة .

المبحث الأول : عقود عمال المشروعات الصغيرة

والطائفة الاولى المستتانة من تطبيق الاحكام السابقة هي طائفة (العمال الذين يعملون في محال لا تدار بآلات ميكانيكية وتستخدم عادة أقل من خمسة عمال وليست من الاعمال التي ينشأ عنها مرض مهني مما هو منصوص عليه في جدول امراض المهنة) .

ويشترط لتطبيق هذا النص أن تتوفر الشروط الثلاثة مجتمعة فيجب :

- ١ - أن يكون المشروع مما لا يدار بآلات ميكانيكية (أو كهربائية) .
- ٢ - أن يستخدم عادة - أى في الاحوال العادية وليس في الاحوال الاستثنائية - أقل من خمسة عمال أى أربعة على الأكثر .
- ٣ - أن يكون العمل مما لا ينشأ عنه مرض مهني مما هو منصوص عليه في جدول امراض المهنة .

واستبعاد المشروعات سالفة الذكر من بعض احكام قانون العمل يرجع الى اعتبارات اقتصادية واجتماعية هي الابقاء على المشروع الصغير ومراعاة وضعه الاقتصادي وعدم قدرته على تنفيذ تلك الشروط فضلا عن انه لا مبرر لتطبيق الأحكام الخاصة بتراخيص المباني عليه لأنه لا يدار بآلات ميكانيكية ولا تنشأ عنه أمراض مهنة .

هذا وتجزئ المادة (٥) من النظام لوزير العمل بقرار منه أن يقضى بخضوع أية مؤسسة يعمل فيها أحداث أو نساء أو جميع هذه المؤسسات لاحكام المواد والفصول المبينة في المادة (٤) سالفة الذكر .

والواقع ان هذا النص يميز الاستثناء من الحكم السابق والعودة الى الأصل وهو تطبيق جميع احكام النظام على المنشآت التي يعمل فيها الأحداث أو النساء رعاية لهم .

المبحث الثاني : الربابنة والملاحون في السفن الصغيرة

أما الاستثناء الثاني الذي أورده المادة (٤) من النظام فيتعلق بطائفة (الملاحين والربابنة الذين يعملون في سفن تقل حمولتها عن خمسمائة طن الذين يخضعون لاحكام الباب الثاني من النظام التجارى) .

والواقع أن نص المادة (٤) في هذا الشأن متناقض مع نص المادة (٩٩) من النظام التي وردت في الفصل الخامس المخصص لعقد العمل البحرى (١) المواد من ٩٩ - ١١٤) والتي تتضمن ان العاملين على السفن التي تقل حمولتها عن خمسمائة مستبعدون كلية من احكام عقد العمل البحرى ومن أحكام نظام العمل في مجموعه . (١) .

ونرى أن الأرجح تغليب حكم المادة (٩٩) والقول باستبعاد طائفة الملاحين والربابنة في السفن التي تقل حمولتها عن خمسمائة طن من أحكام النظام وذلك لأن الاحكام المستبعدة بمقتضى المادة (٤) وهى الأحكام الخاصة بالحصول على تراخيص لبعض المباني وبعض احكام عمل النساء - هى احكام لا يتصور تطبيقها على العاملين البحريين .

(١) نصت المادة (٩٩) من نظام العمل والعمال على أن (كل عقد استخدام يجرى بين صاحب سفينة أو ممول سفينة من سفن المملكة العربية السعودية التي لا تقل حمولتها عن خمسمائة طن أو يمثل عن أى منها وبين ملاح أو ربان للقيام بعمل على ظهر سفينة أو لرحلة بحرية هو عقد عمل بحرى تطبق عليه أحكام هذا النظام فيما لا يتعارض مع احكام هذا الفصل للقرارات الصادرة بمقتضاه .

الباب الثالث

خصائص عقد العمل

نعرض هنا الى خصائص عقد العمل كعقد رضائي وكعقد من عقود المعارضة وكعقد شخصي زمني ثم نعرض لدراسة ما اذا كان من عقود الإذعان وأخيرا ندرس امكان عقد العمل .

الفصل الأول

عقد العمل عقد رضائي

من المتفق عليه بين كتاب القانون أنه من المجاز أن يكون رب العمل شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا ، أما العامل فهو باجماع آراء رجال الفقه لا يمكن أن يكون الا شخصا طبيعيا . ويعلل الفقه استحالة اتخاذ الشخص الاعتباري لصفة العامل بأن عقد العمل يفترض بذل قوة عمل ذاتية جسمية أو ذهنية من جانب العامل والشخص المعنوي ليست له قوة عمل ذاتية ولهذا فإن اغلب وأهم قواعد نظام العمل لا تصرف بطبيعتها الا الى الأشخاص الطبيعيين دون غيرهم كما هو الحال بالنسبة لتنظيم ساعات العمل وتأمين العمل وحماية الأجر والالتزام بحماية العامل من أخطار العمل .

وقد انعقد اجماع الفقه على أن عقد العمل عقد رضائي وليس عقدا شكليا اذ يكفي لانعقاده توافق ارادة الطرفين المتعاقدين ، أى اقتران الإيجاب بالقبول

ولا يشترط لتمامه اتخاذ شكل خاص .

ولا يقدح في ذلك أنه يجب أن يكون مكتوبا ، لأن الكتابة ليست شرطا لتكوين العقد بل هي شرط لاثباته ، وهو ما عبرت عنه المادة (٧٧) صراحة بقولها (يجب أن يكون عقد العمل مكتوبا .. ويعتبر قائما ولو كان غير مكتوب ..) .

وغنى عن البيان أن رضائية هذا العقد هو حكم أملمته الشريعة الاسلامية التى تجيز انعقاد الاجارة على عمل آدمى بالايجاب والقبول كالبيع ، سواء تم ذلك بالمكاتبه أو بالمشافهة أو بإشارة الأخرس ، أو بالتعاطى أو بالسكوت الذى يعد قبولا ورضاء .

ويكفى التراضى لوجود عقد العمل ، ولكن حتى يكون العقد صحيحا يجب أن يكون التراضى صادرا من ذى اهلية وغير مشوب بعيب من عيوب الرضا ، كالغلط والاكراه والتدليس وفى هذا نحيل على ما سبق أن أشرنا اليه من قبل عند دراستنا للقواعد الخاصة بانعقاد العقد .

ويتولى تقدير صحة التراضى وتوافر شروطه اللجنة المختصة بالنظر فى منازعات العمل ، التى تفصل فى هذا الخصوص وفقا لاحكام الشريعة الاسلامية ، وعلى هذا فلا يصح عقد المجنون والصبى غير المميز ، ويصح عقد الصبى المميز اذا أجازاه وليه ، كما يكون عقد العمل المشوب بالغلط والاكراه والتدليس فاسدا وقابلا للإبطال .

وبديهى أن السخرة أو العمل الإجبارى يعد من قبيل الاكراه الذى حظرته اتفاقية العمل الدولية رقم ٢٩ لسنة ١٩٣٠ . ولكن لا تعتبر من أعمال السخرة الخدمة العسكرية الالزامية ، ولا الأوامر التى تصدرها السلطة فى حالات معينة لالزام فئات من المواطنين أو الأجانب من أطباء ومهندسين وفنيين ونحوهم بانجاز أعمال مستعجلة فى حالات الطوارئ أو حالات الكوارث العامة .

وإذا كان عقد العمل عقدا رضائيا يدخل فى اطار تطبيق مبدأ سلطان الادارة فان هذا المبدأ الأخير تحيط به قيود هامة بصدد عقد العمل ، ذلك لأن

مبدأ سلطان الارادة لا يعمل على إطلاقه في عقد العمل اذ يصطدم هذا المبدأ اصطداما واضحا مع المعطيات الاجتماعية ، ومع حاجة العامل للحصول على العمل ومع ما أسفر عنه التطور من ضرورة حماية العامل من الاستغلال والحاجة .

لذلك فانه يمكن القول ان المشروع استبقى بعض الاحكام التي آثر حماية للعامل أن ينظمها بقواعد أمرة والا يجعل لارادة المتعاقدين من سلطان بشأنها . على أن هذا لا يخل برضائية هذا العقد بوجه عام ، اذ بقي للارادة في خارج نطاق الأحكام التي تتعلق بالنظام العام حرية تحديد اطار التعاقد وشروطه . وبالرغم من أن عقد العمل عقد رضائي الا أن المشرع أوجب كتابته للاثبات فنص في المادة (٧٧) من النظام على انه (يجب أن يكون عقد العمل مكتوبا باللغة العربية على نسختين يحتفظ كل من الطرفين بنسخة منها ويعتبر العقد قائما ولو كان غير مكتوب بحيث يجوز للعامل وحده اثبات حقوقه بكافة الطرق ويكون لكل من الطرفين أن يطلب كتابة العقد في أى وقت . أما عمال الدولة والمؤسسات العامة فيقوم قرار أو أمر التعيين الصادر عن السلطة المختصة مقام العقد .

وقد خرج نظام العمل في هذا على القواعد العامة اذ حظر على رب العمل الاثبات بغير الكتابة وعند عدم وجود العقد المكتوب ليس أمام رب العمل الا وسيلتا اليمين واقرار العامل . ويمكن للعامل اثبات عقد العمل بكل الوسائل بما في ذلك الاستعانة بالملف الخاص به وعن طريق الاستعانة بما ثبت في سجل رب العمل .

وتعتبر البيانات الثابتة في ملف العامل أو في سجل العمال حجة على صاحب العمل ولكنها ليست حجة على العامل اذ لا دخل له بتحريرها . ويمكن للعامل كذلك الاستناد الى العقد ولو لم يكن محررا باللغة العربية وفقا للمادة (٧٧) من النظام ، اذ أن المادة المذكورة تجيز له الاثبات لكافة الطرق .

الفصل الثاني

عقد العمل عقد معاوضة

من المسلم به كذلك أن عقد العمل من عقود المعاوضة ، وهو لا يعد من عقود التفضل أو من عقود التبرع . وعقد المعاوضة هو العقد الذى يأخذ فيه كل من الطرفين المتعاقدين مقابلا لما اعطاه . وعقد العمل هو عقد معاوضة بالنسبة للعامل لأنه يؤدى عملا مقابل أجر ، كذلك هو بالنسبة لصاحب العمل لأنه يدفع أجرا مقابل عمل .

والواقع أن الفقهاء المسلمين أكدوا على كون هذا العقد من عقود المعاوضة ولذلك فانهم اهتموا الى حد كبير بإبراز عنصر الأجر ، بل لقد اشتق الفقهاء اصلاح (الاجارة) وهو الاصلاح الذى اطلقوه على عقد العمل من الأجر أو العوض .

وقد استند الفقهاء المسلمون فى اهمية العوض الى قوله صلى الله عليه وسلم (من استأجر أجيرا فليعلمه أجره)^(١) .

وقد أوردنا فى هذا الخصوص ما جاء فى المغنى لأبن قدامة أنه (يشترط فى عوض الاجارة أن يكون معلوما ، وذلك لأنه عوض فى عقد معاوضة ، فوجب أن يكون معلوما . واذا وقعت الاجارة على مدة معلومة بأجرة معلومة ، فقد ملك المستأجر المنافع ، وملكت عليه الأجرة كاملة فى وقت العقد الا أن يشترط أجلا . وعلى هذا فإن الأجير يستحق الأجرة بمجرد العقد اذا اطلق ولم يشترط المستأجر أجلا .)

(١) انظر فى هذا الخصوص المغنى لأبن قدامة ، تحقيق الدكتور / طه محمد الزينى طبعة سنة ١٩٦٩ القاهرة ص ٣٢٧ رقم ٤١٠٥ .

الفصل الثالث

عقد العمل عقد شخصي

ويعتبر عقد العمل عقدا شخصيا ، لأنه يستلزم أن يقوم العامل شخصيا بأداء العمل المتفق عليه . ويستدل على ذلك بما ورد في المادة (٧٠) من نظام العمل التي تنص على التزام العامل (بأن يعمل) فلا يجوز له ائابة غيره في أداء العمل .

وهذا الحكم يتفق مع ما ذهب اليه جمهور الفقهاء المسلمين من انه ليس للأجير الخاص أن ينيب عنه غيره في العمل بعكس الأجير المشترك الذي يجوز له الاستئابة في عمله كما ذكرنا . وانطلاقا من اعتبار عقد العمل من العقود الشخصية فانه يعد من العقود التي تراعى فيها شخصية المتعاقد ، ولهذا السبب فان التزام العامل بأداء العمل شخصيا قد يكون مخالفا للقاعدة العامة في بعض الالتزامات التي تبيح الوفاء من غير اذن ، إذ أن القاعدة في هذه الالتزامات قبول الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة في الوفاء وذلك الا اذا استوجبت طبيعة الدين أو الالتزام أن ينفذ المدين الالتزام بنفسه فعندئذ يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين .

ونظرا لأن عقد العمل عقد شخصي فإن موت العامل يؤدي الى انتهاء العقد ، فلا يحل ورثة العامل محله في العمل الذي كان يقوم به ، اذ لا يمكن الزام صاحب العمل بقبولهم للعمل لديه محل الموروث كما لا يمكن الزام الورثة بالعمل الذي كان يقوم به مورثهم .

الفصل الرابع عقد العمل عقد زمني

يعتبر عقد العمل عقدا زمنيا وليس عقدا فوريا . والعقد الزمني أو ما يسمى أحيانا بعقد المدة هو العقد الذي يكون عنصرا جوهريا فيه ، بحيث يكون المقياس الذي يقدر به محل العقد ، أو الالتزامات المتقابلة المترتبة عليه ، بعكس العقد الفوري الذي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه ، لو تراخى أجل التنفيذ ، كعقد البيع ولو كان بشمن مؤجل أو مقسط .

وقد ادرك علماء الفقه الاسلامي منذ وقت طويل أهمية عنصر الزمن في عقد إجارة الأشخاص ، فقالوا بأن (المنفعة تؤخذ فيها شيئا فشيئا ، مدة معلومة بعوض معلوم)^(١) ، وأكدوا بأنها (تنعقد ساعة فساعة ، حسب حدوث المنافع .)

وقد جاء في المغنى لأبن قدامة : (ان الاجارة اذا وقعت على مدة يجب أن تكون معلومة ، كشهر أو سنة ، ولا خلاف في هذا نعلمه ، لأن المدة هي الضابطة للمعقود عليه ، المعرفة له ، فوجب أن تكون معلومة) . (٢) وجاء فيه ايضا : (ولا بد من تقدير العمل بمدة أو عمل معين)^(٣) . هذا وقد ذهب بعض الفقهاء الى أحد القول بأن الزمن في عقد الإجارة يعتبر معقودا عليه^(٤) .

(١) الفقه على المذاهب الأربعة للجزيري : الجزء ٣ ، ص ٩٨ .

(٢) المغنى : الجزء ٥ ، ص ٣٢٣ رقم ٤٠٩٩ .

(٣) المغنى : الجزء ٥ ، ص ٣٤٢ ، رقم ٤١٣٢ .

(٤) عبد الحمى حجازي : عقد المدة ، ص ٣ .

الفصل الخامس

هل عقد العمل عقد اذعان؟

يذهب بعض الشراح الى القول بأن عقد العمل هو عقد اذعان ، وعقد الإذعان هو العقد الذى يقتصر فيه دور أحد الطرفين على مجرد القبول بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يقبل مناقشته فيها . ولكن نظرا لأن نظام العمل قد وجد ليحمى العامل لأنه الطرف الضعيف فى علاقة العمل وهو الأولى بالرعاية وبالحماية دون سواه فان نسبة كبيرة من النصوص التى يتضمنها نظام العمل تحمل ذلك الطابع الواضح .

وقد عنى نظام العمل الجديد عناية خاصة بوضع تنظيم حديث شامل لعلاقات العمل ، بشكل يؤدى الى حفظ التوازن الاقتصادى والاجتماعى بين العمال وأصحاب الأعمال ، ويؤمن للطرفين العدالة الاجتماعية ويضمن حقوقهما فى إطار المصلحة ومقتضيات التنمية والانتاج .

وهكذا فقد تقلصت صفة الإذعان فى عقود العمل ، وأصبح الطرفان ملزمين بمراعاة أحكام نظام العمل والقرارات واللوائح الصادرة تطبيقا لاحكامه علاوة على الأنظمة الداخلية للعمل ولوائح الجزاءات التى لا تكون واجبة التنفيذ الا بعد اعتمادها من وزارة العمل والشؤون الاجتماعية والتى تكفل وضع الكثير من قواعد نظام العمل موضع التطبيق .

الفصل السادس

أركان عقد العمل

المبحث الأول : ركن الرضا

أركان عقد العمل هى الرضا والمحل والسبب ، وقد سبق أن عرضنا الى

ركن الرضا في العقود بوجه عام ،^(١) كما عرضنا للرضا في عقد العمل عندما تحدثنا عن اعتبار عقد العمل عقدا ارضائيا فنحيل الى ما سبق أن ذكرناه في هذا الخصوص . وإلى جانب ركن الرضا هناك ركن المحل والسبب .

المبحث الثاني : ركن المحل في عقد العمل

يشترط القانون في المحل أن يكون معيّناً ، أو قابلاً للتعين . كذلك فإن محل الالتزام يجب أن يكون ممكناً ومشروعاً أما إذا كان غير مشروع أو إذا كان محل الالتزام مستحيلاً في ذاته كان العقد باطلاً .

أوجبت المادة (٩٦) فقرة (أ) من النظام على العمال انجاز العمل المطلوب منهم وفقاً للعقد ولتعليمات رب العمل ما لم يكن في ذلك مخالفة للنظام أو الآداب العامة وما لم يكن في ذلك ما يعرض العامل للخطر .

والعمل هو محل التزام العامل . ولم يحدد القانون المقصود بالعمل فيصدق هذا التعبير على كل نشاط انساني أيا كان صورته ، ويكفى أن يكون من طبيعة سلبية كوقوف (الموديل) أمام الرسام أو النحات خلال مدة معينة دون حركة ، كذلك يستوى في هذا النشاط أن يكون من طبيعة مادية يدوية كالبناء أو الزراعة أو تحويل المواد الأولية أو أن يكون من طبيعة عقلية ذهنية كعمل المحامي أو المحاسب أو مدير الشركة أو عمل الطبيب أو المهندس .

ويجب أن يكون العمل موضوع العقد ممكناً ومشروعاً طبقاً للقواعد العامة فيجب وفقاً لنص المادة (٩٦) فقرة (أ) ألا يخالف العمل موضوع العقد النظام العام أو الآداب العامة أو يكون في أدائه ما يعرض حياة العامل أو جسده أو صحته للخطر .

ولا يلزم ان يكون العمل معيناً تعييناً دقيقاً في العقد ما دام قابلاً للتعين اذ

(١) أنظر بوجه عام ما ذكرناه عن ركن الرضا في النظرية العامة للعقد .

تنص المادة (١٢٣) فقرة (ب) على الرجوع لعرف المهنة وعرف الجهة التى يؤدى فيها العمل أو لمقتضيات العدالة لبيان نوع الخدمة الواجب على العامل أدائها وتحديد مداها تحديدا يمكن من أدائها . والمحل فى عقد العمل مزدوج فالى جانب التزام العامل بأداء العمل فإن محل التزام رب العمل هو دفع الأجر . ولا يبطل عقد العمل اذا لم يحدد الأجر تحديدا دقيقا وقاطعا فقد نصت المادة (١٢٣) فقرة (أ) من النظام على أنه :

(اذا لم تنص عقود العمل أو نظام العمل أو النظام الأساسى للعمال على الأجر الذى يلتزم به صاحب العمل أخذ الأجر المقدر لعمل من ذات النوع ان وجد والا قدر الأجر طبقا لعرف المهنة وعرف الجهة التى يؤدى فيها العمل فإن لم يوجد تولت اللجنة المختصة تقدير الأجر وفقا لمقتضيات العدالة) .

واذا كان الأجر هو محل الالتزام الأساسى لرب العمل فإنه يجب أن يكون مشروعا والا كان العقد باطلا .

المبحث الثالث : ركن السبب فى عقد العمل

يرى جانب كبير من الفقهاء أن سبب الالتزام فى عقد العمل هو الهدف المباشر الذى يسعى كل من طرفى العقد الى تحقيقه .

فسبب التزام العامل بأداء العمل هو الحصول على الأجر ، وسبب التزام رب العمل بأداء الأجر تنفيذ العامل للعمل .^(١)

ويجب أن يكون السبب مشروعا وغير مخالف للنظام العام أو الآداب العامة والا كان العقد باطلا . واذا كانت الدوافع والبواعث التى دفعت الى التعاقد غير مشروعة فإن سبب العقد يكون غير مشروع ومن ثم يكون العقد باطلا .

وعلى هذا فإن التعاقد للعمل فى اماكن تدار لاثيان اعمال تخالف النظام العام أو الآداب العامة يكون باطلا .

(١) أنظر كذلك مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى - الجزء الرابع ص ٢٦١ .

كذلك فقد حكم في فرنسا أن التعاقد للعمل لدى سلطات العدو الذى يحتل البلاد يكون باطلا نتيجة لعدم مشروعية السبب .^(١)

المبحث الرابع : بطلان عقد العمل

تطبق القواعد العامة في حالة بطلان عقد العمل ، ونحيل في هذا الخصوص الى ما سبق لنا أن درسناه في هذا الخصوص .

وتطبيقا لذلك فاذا كان التراضى بين الطرفين منعهما ، أو كان محل العقد غير ممكن أو غير مشروع ، أو كان سببه غير مشروع ، فان عقد العمل يكون باطلا . أما اذا كان أحد الطرفين ناقص الأهلية ، أو شاب رضاه عيب من عيوب الإرادة ، فإن عقد العمل يكون قابلا للإبطال .

وغنى عن البيان أنه اذا كان العقد صحيحا ولكنه تضمن شرطا يخالف القواعد الآمرة في قانون العمل والخاصة بحماية مصلحة العامل ، فإن هذا الشرط فقط هو الذى يبطل ، أما العقد ككل فيبقى صحيحا ويطبق عدا الشرط الباطل .

ولا يثير الحكم ببطلان العقد مشاكل عملية أو قانونية اذا لم يكن قد بدىء في تنفيذه ، فاذا كان التنفيذ قد بدأ بأن قام العامل بأداء العمل ولو لفترة زمنية محدودة فعندئذ من الطبيعى أن تنور بعض الصعوبات التى تترتب على أن الحكم بالبطلان لا يمكن أن يحى من الوجود بأثر رجعى ما تم تنفيذه تطبيقا للعقد الباطل .

وقد استقر القضاء الفرنسى ، وأيده الفقه فى ذلك ، على أن صاحب العمل لا يستطيع أن يحتج ببطلان عقد العمل ، ليتهرب من الوقوع تحت طائلة

(١) أنظر العدد السنوى لمجلة القانون الاجتماعى فى فرنسا سنة ١٩٤٦ والتى عرضت بالمناقشة لعدد من الاحكام التى صدرت فى هذا الخصوص .

العقاب ، لمخالفته بعض القواعد التنظيمية الآمرة التي تحكم علاقة العمل على أساس أن القانون يحكم العمل وينظمه باعتباره واقعة مادية دون نظر الى صحة العقد أو عدم صحته .^(١)

كما ان بطلان العقد لا يعفى صاحب العمل من تسليم العامل شهادة الخدمة التي يلزمه قانون العمل بتسليمها ولا يعفى البطلان صاحب العمل من التزامه برد الأوراق أو الشهادات أو الأدوات التي قدمها العامل .

كذلك فان بطلان العقد لا يؤدي الى حرمان العامل من مزايا التأمين الاجتماعي بجميع أنواعه . وقد اصدرت محكمة التوض الفرنسية سنة ١٩٦٦ م حكما قررت فيه حق العامل في الحصول على مقابل مهلة الإخطار بصدد انتهاء عقد عمل باطل .^(٢)

كما حكمت سنة ١٩٥٩ بالتعويض عن فصل غير مشروع ، حتى لو تقرر بعد ذلك الفصل غير المشروع ، أن العقد كان باطلا .^(٣)

أما من حيث التزامات العامل بمقتضى عقد باطل فانها تلزمه اذا لم يكن وجودها متعلقا على صحة العقد ، فالعامل يكون ملزما بالمحافظة على اسرار العمل التي اطلع عليها أثناء ممارسته العمل لدى صاحب العمل .^(٤)

وقد سبق أن ذكرنا أن العامل يستحق عند ابطال العقد تعويضا عن عمله الذي اداه تطبيقا لعقد باطل ، ولا يعد ما يحصل عليه أجرا لأن الأجر لا يستحق الا تطبيقا لعقد صحيح .

(١) انظر J. rivero et J.savatier:droit du travail 1956 p.354

(٢) المرجع السابق ص ١١٦ .

(٣) المرجع السابق ص ١٦٥ .

(٤) انظر من حلمي مراد : قانون العمل والتأمينات الاجماعي . الطبعة الرابعة سنة ١٩٦١ ص ٣٦٦ ، وأنظر كذلك أكرم الخولي : دروس في قانون العمل سنة ١٩٥٧ ص ١١٨ .

ويرى بعض الكتاب ان العامل لا يجوز له أن يطالب بمقابل ما أداه من عمل يخالف النظام العام أو الآداب . ويؤسسون ذلك على القاعدة القانونية التي تتضمن أن الشخص الملوث لا يصح أن يستفيد من عمله وهي قاعدة ترجع في اصلها للقانون الروماني .^(١) ويعترض بعض الفقهاء الآخرين على ذلك على اساس أن رفض طلب العامل في هذ الحالة يخالف العدالة .

بينما يرى البعض الآخر أن يترك تقدير الأمر لقاضى الموضوع فاذا رأى المخالفة صارخة للنظام العام أو الآداب العامة حرم العامل من التعويض^(٢) . ولم تظهر الى الآن اتجاهات واضحة للقضاء في المملكة في هذا الخصوص وبصدد ما يترتب على بطلان عقود العمل من آثار لندرة هذا النوع من القضايا .



(١) أنظر من حلمى مراد المرجع السابق ص ٢٦٥ .

(٢) أنظر اسماعيل غانم : قانون العمل سنة ١٩٦١ ص ٢٣٠ .

الباب الرابع

آثار عقد العمل

الفصل الأول

آثار العقد بالنسبة للعامل

المبحث الأول : التزامات العامل

المطلب الأول

الالتزام بأداء العمل .

سبق أن أشرنا الى أنه يجب على العامل أن يؤدي العمل الذي تم الاتفاق عليه والالتزام الرئيسى على عاتق العامل هو الالتزام بأداء العمل موضوع العقد وذلك وفقا للمادة (٩٦ أ) التى تنص على أنه يجب على العمال أن ينجزوا العمل المطلوب منهم بموجب عقد عملهم تحت اشراف صاحب العمل وإدارته ووفق تعليماته اذا لم يكن فى هذه التعليمات ما يخالف العقد أو النظام والآداب العامة ولم يكن فى اطاعتها ما يعرض للخطر .

ويتحدد العمل موضوع العقد بشروط العقد ، فإن كانت غير كافية فإن مدى التزام العامل يتحدد بالرجوع الى ارادة الطرفين ونيتها المشتركة والا رجع القاضى الى عرف الجهة وعرف المهنة فى تحديد نوع العمل المتفق عليه وذلك تطبيقا لنص النظام .

وبالاضافة الى ما نص عليه النظام يحدد العرف وقت وساعات العمل ووقت وساعات الراحة فيجب حتى بالنسبة لخدم المنازل أن يسمح رب العمل للعامل بالراحة الاسبوعية التى يحددها العرف كما يجب عليه بمقتضى القواعد العامة أن يترك له الفرصة الكافية لأداء واجباته الدينية والعائلية .

وتنص المادة (٦٩ ب) على انه يجب على العمال أن يعيدوا الى صاحب العمل المواد غير المستهلكة وان يعتنوا عناية كافية بالآلات والأدوات والمهمات والملابس الموضوعة تحت تصرفهم . وعليهم أن يبذلوا فى ذلك عناية الرجل المعتاد .

ويتحمل العامل إلتزامات عامة فى ادائه للعمل نصت عليها المادة (٩٦) من النظام كالتحلى أثناء العمل بحسن السلوك والأخلاق .

١- هل يجوز تكليف العامل بأداء عمل غير المتفق عليه ؟

أوجبت المادة (٦٩) على العامل تقديم كل عون ومساعدة لرب العمل فى حالات الكوارث والاحطار التى تهدد سلامة مكان العمل أو الأشخاص العاملين فيه ودون اشتراط أجر اضافى لذلك .

ولكن لا يجوز لرب العمل أن يكلف العامل بعمل يخالف شروط العقد . فالأصل أنه ليس لرب العمل أن يأمر العامل بأداء عمل آخر يختلف عن العمل موضوع العقد . الا على سبيل الاستثناء ووفقا لاحكام الفقرة (٢) من المادة (٧٩) التى نصت على انه (لا يجوز تكليف العامل بعمل يختلف اختلافا جوهريا عن العمل المتفق عليه بغير موافقته الكتابية الا فى حالات الضرورة وبما يقتضيه طبيعة العمل وعلى أن يكون ذلك بصفة مؤقتة) .

ويبين فى النص سالف الذكر أن النظام يفرق بين التغير الجوهري والتغير

غير الجوهري في طبيعة العمل . فالتغير غير الجوهري يملكه صاحب العمل دون موافقة العامل حتى تتحقق المرونة الكافية لمواجهة مختلف الحالات في اطار مصلحة العمل وذلك وفقا لتقدير رب العمل ومن أمثلة التغير غير الجوهري أن يكون هناك صراف يقوم بالتحصيل فيكلفه صاحب العمل بصرف أجور العمال أو أن تسند مهمة المراجعة الى عامل يتولى القيد في الدفاتر ونحو ذلك أو تكليف العامل في حياكة القمصان بالعمل في حياكة الأثواب ولكن يجب طبقا لأحكام القضاء الا يكون العمل الجديد أقل درجة من العمل الأول ولو لم يتغير الأجر وعلى ذلك لا يجوز تكليف الممثل الذى اتفق معه على أداء الدور الأول بتمثيل ادوار ثانوية حتى مع بقاء الأجر كما هو (١) .

وإذا قام رب العمل بتغيير عمل العامل تغيرا جوهريا كان من حق العامل وفقا للمادة (٨٤) فقرة (٢) أن يترك العمل قبل نهاية العقد دون اعلان سابق مع عدم الاخلال بحقه في التعويض والمكافأة .

٢- هل يجوز تغيير مكان العمل ؟

يثير تغيير مكان عمل العامل الكثير من الخلافات نظرا لأنه يمس استقرار العامل في مكان معين . ولهذا السبب تنجّه بعض تشريعات العمل الحديثة كقانون العمل الليبي والتشيكى الى الزام أطراف العقد بتحديد مكان العمل في العقد ذاته .

وقد وضعت المادة (٧٨) من نظام العمل السعودى القواعد الخاصة بحق رب العمل في تغيير مكان عمل العامل فنصت على أنه (لا يجوز له أن ينقل العامل من مكان عمله الأصلي الى مكان آخر يقتضى تغيير محل اقامته اذا كان من شأن النقل أن يلحق ضررا جسما ولم يكن له سبب مشروع تقتضيه طبيعة العمل) .

(١) أنظر مدونة الفكهاني الجزء الأول تحكيم القاهرة في ١٧ مارس سنة ١٩٥٧ م .

ويتضح من هذا النص أن رب العمل حر في إجراء النقل المكانى البسيط الذى لا يضطرّ العامل الى تغيير محل اقامته - كالنقل من فرع الى فرع داخل المدينة الواحدة - على الا يتعسف في استعمال هذا الحق طبقا للقواعد العامة .

أما النقل الذى يقتضى من العامل تغيير محل اقامته - كالنقل من جدة الى الرياض أو العكس - فيجب لجوازه شرطان أولهما : عدم التعسف بأن يكون هذا النقل راجعا لسبب مشروع تقتضيه طبيعة العمل كازدياد ضغط العمل فى المدينة التى ينقل إليها وقلته فى المدينة التى ينقل منها . والشرط الثانى : هو الا يلحق هذا النقل بالعامل ضررا جسيما . ويقدر القاضى وجود أو عدم وجود الضرر الجسيم فى ضوء الظروف ووفقا للاعتبارات الخاصة بكل حالة على حدة . وفى حالة نقل العامل بالمخالفة بحكم المادة (٧٨) من النظام يكون من حق العامل أن يرفض تنفيذ النقل المكانى وأن يترك العمل قبل نهاية العقد دون سابق انذار مع عدم الاخلال بحقه فى مكافأة نهاية الخدمة وفى التعويض عما لحقه من ضرر وذلك وفقا لاحكام المادة (٨٤) فقرة (٢) من النظام . وتقتضى المادة (٧٩ / ١) من النظام بأنه لا يجوز لصاحب العمل أن ينقل العامل ذا الاجر الشهري بغير موافقته المكتوبة الى سلك عمال المياومة أو العمال المعيّنين بأجر اسبوعى أو بالقطعة أو بالساعة .

ويكون العامل فى حالة موافقته على النقل مستحقاً لجميع الحقوق التى كسبها فى المدة التى قضاها بالأجر الشهري كما تعتبر الدرجة المصنف عليها العامل حقا مكتسبا له فلا يجوز نقله الى درجة أدنى منها .

وقد ورد فى النص أن الموافقة على النقل لا تؤدى الى حرمان العامل المنقول من الحقوق التى اكتسبها بحكم وجوده فى سلك المشتغلين بالأجر الشهري كالحق فى مدة اخطار أطول عند انتهاء العقد (مادة ٧٣) والحق فى مكافأة نهاية الخدمة (مادة ٨٧) وغيرها من الحقوق التى يتضمنها النظام .

٣ - هل يجوز لرب العمل تشغيل العامل زيادة عن الساعات المقررة ؟
تقضى المادة (١٤٧) من النظام بأنه لا يجوز تشغيل العامل تشغيلاً فعلياً أكثر من ثمانى ساعات فى اليوم الواحد أو ثمان وأربعين ساعة فى الاسبوع لسائر شهور السنة عدا شهر رمضان المبارك فيجب الا تزيد ساعات العمل الفعلية عن ست ساعات فى اليوم أو ست وثلاثين ساعة فى الاسبوع لا تدخل فيها الفترات المخصصة للصلاة والراحة والطعام .

ويجوز زيادة ساعات العمل الى تسع ساعات فى اليوم بالنسبة لبعض فئات العمال أو فى بعض الصناعات والأعمال التى لا يشتغل فيها العامل باستمرار كالمؤسسات الموسمية والفنادق والمقاصف والمطاعم وغيرها كما يجوز تخفيض ساعات العمل فى اليوم لبعض فئات العمال أو فى بعض الصناعات أو الأعمال الخطرة أو الضرارة ويكون تحديد فئات العمال والصناعات والأعمال سالفة الذكر بقرار من وزير العمل .

كما نصت المادة (١٤٨) على ان يتم تنظيم ساعات العمل بحيث لا يعمل أى عامل أكثر من خمس ساعات متوالية دون فترة للراحة والصلاة والطعام لا تقل عن نصف ساعة فى المرة الواحدة أو ساعة ونصف الساعة خلال مجموع ساعات العمل وبحيث لا يبقى العامل فى مكان العمل أكثر من احدى عشرة ساعة فى اليوم الواحد .

أما فى المعامل التى يكون فيها العمل على افواج متعاقبة فى الليل والنهار فينظم وزير العمل بقرار منه كيفية منح العمال فترات الراحة والصلاة والطعام . هذه هى القواعد العامة التى فرضها النظام فى المادتين (١٤٧) (١٤٨) منه ، ومع ذلك يجوز لرب العمل تشغيل العمال فى ساعات عمل اضافية فى احوال حددها النظام فى المادة (١٥٠) منه على سبيل الحصر ، وهى :

١ - اعمال الجرد السنوى واعداد الميزانية والتصفية وقفل الحسابات والاستعداد للبيع بأنئان مخفضة والاستعداد للمواسم ولكن بشرط الا تتجاوز مدة التشغيل الاضافى (٣٠) يوماً فى السنة .

٢ - الاعياد والمواسم والمناسبات الأخرى والأعمال الموسمية التى تحدد بقرار من وزير العمل . ومن أمثالها موسم الحج ومواسم الأعياد .

٣ - اذا كان العمل لمنع وقوع حادث أو اصلاح ما نشأ عنه أو لتلافى خسارة محققة لمواد قابلة للتلف .

٤ - اذا كان التشغيل بقصد مواجهة ضغط عمل غير عادى . والمقصود بذلك هو الضغط الطارئ غير المتوقع وخارج الموسم المعتاد لضغط العمل .

ويجب فى الحالتين الأخيرتين على صاحب العمل أن يقوم بإبلاغ مكتب العمل المختص خلال (٢٤) ساعة لبيان الحالة الطارئة والمدة اللازمة لانعام العمل والحصول على تأييد كتابى بالموافقة .

وهناك شرط عام فى جميع الحالات السابقة وهو ألا تزيد ساعات العمل الفعلية عن عشر ساعات فى اليوم .

ولما كان اشتغال العامل ساعات عمل اضافية أمرا استثنائيا وفيه اعتداء على الراحة الواجبة للعامل فقد كان من الطبيعى أن يكون الأجر عن الساعات الإضافية اعلى من الأجر المعتاد . وقد حددت المادة (١٥١) نسبة الزيادة بخمسين فى المائة من الأجر العادى . أما اذا وقع العمل فى يوم الراحة الأسبوعية أو أيام الأعياد والعطلات الرسمية فإن ساعات التشغيل فى هذه الأيام تكون كلها ساعات اضافية ويستحق العامل عنها اجرا يزيد ٥٠ ٪ عن أجر ساعات العمل الأصلية .

المطلب الثانى

الالتزام بحفظ أسرار العمل

توجب المادة (٩٦) من النظام على العمال أن (يحفظوا الأسرار الفنية أو التجارية أو الصناعية للمواد التى ينتجونها أو التى ساهموا فى انتاجها بصورة مباشرة أو غير مباشرة وبصورة عامة جميع الأسرار المهنية المتعلقة بالعمل والتى من شأن افشائها الإضرار بمصلحة صاحب العمل .

ويقصد بالأسرار الفنية والصناعية ما يتعلق بالانتاج في المنشأة التي يعمل بها العامل ، ويقصد بالأسرار التجارية كل ما يتعلق بنشاط صاحب العمل ومعاملاته وخاصة ما يتعلق بالأرباح والخسائر والاسعار التي يتم بها البيع والشراء .

وبمجرد وصول المعلومات الى علم العامل أثناء عمله ، لا يعنى أن الأمر يعد احد أسرار العمل ، بل يجب أن تكون المسألة سرا غير معروف للكافة . وعلى هذا اذا اذيع السر من الغير ، فإن حديث العامل عنه لا يعتبر من قبيل افشاء الأسرار ، لأن المسألة لم تعد سرا . مثال ذلك اذا اعلن صاحب العمل عن اسرار نشاطه في وسائل الاعلام ، فإن حديث العامل في هذا الشأن لا يعد من قبيل افشاء الأسرار .

وكذلك اذا اتضح أن المعلومات التي توصل اليها العامل الى معرفتها أثناء عمله تكون جريمة جنائية ، فانه لا يلزم بالسكوت ، ولا يعد ابلاغه عن الجريمة افشاء لأسرار العمل لأن هذا يدخل في واجبه كمواطن .

ويلتزم العامل بالمحافظة على اسرار العمل طوال عمله لدى صاحب العمل ، وكذلك بعد انتهاء عقد العمل . ومن الجدير بالذكر أن افشاء السر معناه اذاعته للغير . أما اذا كان العامل قد أفاد شخصا من المعلومات التي وصلت اليه أثناء عمله فان هذا لا يدخل في عداد افشاء الأسرار ، فاذا أقام العامل مشروعاً لحسابه بعد انتهاء علاقة العمل بينه وبين صاحب العمل ، واستفاد من المعلومات التي وصلت الى علمه اثناء عمله ، ما لم يكن في ذلك ما يخل بحق الغير في التأليف أو الاختراع فلا يكون هذا إفشاء للأسرار . والواقع أن هذا هو الذي يؤخذ من عبارة نص النظام السعودي التي تحظر افشاء الأسرار ولكنها لا تحظر استفادة العامل منها . وقد استقر القضاء في مصر وبعض البلاد العربية على هذا الحكم كما اخذ به القضاء الفرنسي منذ مدة طويلة .

المطلب الثالث

الالتزام بعدم منافسة رب العمل

الأصل أن حرية الشخص في ممارسة أى نوع من العمل المشروع حرية شخصية لا قيود عليها الا للضرورة وبمقتضى النظام ، ولم يرد في نظام العمل والعمال ما يحرم على العامل منافسة رب العمل الذى كان يعمل لديه لأن مثل هذه المنافسة تدخل في باب حرية العمل وهى من النظام العام ويمكن أن تؤدي الى كسر احتكار صاحب العمل للسوق والى فائدة الجمهور .

كذلك فلما كان الالتزام بحفظ اسرار العمل لا يمنع العامل من استغلال هذه الأسرار لمصلحته الخاصة ، فقد جرت بعض المنشآت الصناعية والتجارية التى يطلع عمالها على اسرارها المهنية على أن تشترط على هؤلاء العمال في عقود العمل عدم منافستها بعد انتهاء عقودهم معها ، وليس في التشريع السعودي نص عن حكم هذا الشرط اذا تضمنته عقود العمل .

والواقع أن هذا الشرط اذا تضمنته عقود العمل يعد من الشروط الخطيرة البعيدة الأثر ، وازاء خلو النظام السعودي من حكم هذا الشرط فقد يكون من المفيد أن نعرف ما انتهى اليه القضاء في البلاد الأخرى . ففي انجلترا انتهى القضاء الانجليزي الى بطلان هذا الشرط كقاعدة عامة لمخالفته للنظام العام ووضع القضاء المذكور شروطا معينة لتقدير ملاءمة ومشروعية هذا الشرط في احوال معينة^(١) وفي فرنسا استقر القضاء على بطلان هذا الشرط اذا كان مطلقا من حيث الموضوع والزمان والمكان ، وفي أى حالة يكون وضع مثل هذا الشرط فيها تعسفيا^(٢) وقد انتهى القضاء في مصر كذلك في غيبة النصوص التشريعية الى بطلان شرط عدم المنافسة كذلك اذا كان عاما ومطلقا من حيث الزمان والمكان^(٣) .

(١) أنظر W.E. Cooper : Outline of Industrial law 7 had 1962 P. 45

(٢) أنظر A Burn Gallant D Droit du Travail 1958 P. 58

(٣) أنظر مجلة المحاماة المصرية السنة الحادية عشرة ص ٦٥٥

المطلب الرابع

هل يوجب النظام التزاما عاما بالاخلاص لرب العمل ؟

اتجه بعض الفقهاء الى ان عقد العمل يلقي على عاتق العامل التزاما عاما بالاخلاص لرب العمل . هذا الالتزام ليس الا صورة خاصة من حسن النية في تنفيذ العقود وهو يلزم العامل بأن يمتنع عن القيام بكل ما قد يسبب الضرر لرب العمل وأن يقوم بكل ما يؤدي الى حماية مصالحه ورعايتها .

وقد ذهب هؤلاء الفقهاء الى أن هذا الالتزام العام يتضمن عدة التزامات اخرى أولا أن يمتنع العامل عن العمل لدى رب عمل آخر في الوقت الذي يجب أن يخصصه لعمله ، وإذا كان للعامل ان يعمل في خدمة رب عمل آخر في ساعات فراغه فان هذا العمل لدى الغير يجب الا يكون من شأنه أن يخل بواجبات العامل في عمله الأصلي فلا يجوز للعامل أن يعمل لدى منافس لرب العمل ولا حتى أن يقوم في خدمة أى شخص بأعمال شاقة ينجم عنها الا يتمكن من اداء عمله الأصلي على النحو المرضي . كذلك يجب على العامل وفقا لما يراه هؤلاء الفقهاء أن يحتفظ بالاسرار التجارية أو الصناعية لرب العمل وان يمتنع عن منافسته منافسة غير مشروعة بعد انتهاء عقد العمل .

وأخيرا يجب على العامل كذلك أن يمتنع عن قبول أى رشوة من العملاء دون علم رب العمل وذلك فيما عدا الصور المألوفة التي يقرها رب العمل كصورة (الوهبة) الأمر الذي قد يترتب عليه انهيار سمعة المنشأة .

والواقع انه يبين من استعراض احكام النظام انه لا وجود لمثل هذا الالتزام العام ، وما دام العامل يؤدي التزامه بالعمل في حدود النظام فلا سلطان عليه من رب العمل ولا محل لفرض رقابة على نشاطه المشروع المستند الى مبدأ حرية العمل متى باشر هذا النشاط في غير ساعات العمل .

ولا يحظر على العامل أن يعمل في خدمة رب عمل منافس الا اذا كان هذا المنع يستند الى شرط صريح في عقد العمل أو كان يقضى به مبدأ حسن النية في

تنفيذ العقود نظرا للطبيعة الخاصة للعمل ولاطلاع العامل على اسراره .
وحاصل ما تقدم أنه لا يبقى من تطبيقات هذا الالتزام بالاخلاص الا ما
نص عليه النظام صراحة كالالتزام بعدم الافشاء للاسرار الصناعية والتجارية
وعدم قبول ما يبذله العملاء من الرشوة المعاقب عليها جنائيا . أما فيما عدا ذلك
فلا وجود لهذا الالتزام العام بالاخلاص الذي يعد تقييداً لا أساس له للحرية
العامل وت دخلا لا مبرر له في حياته الخاصة .
ومن البديهي أن هذا لا يعنى انه يجوز للعامل أن يأتى بأعمال يضر بها رب
العمل ولكن المقصود أن تقتصر التزامات العامل على الحدود المقررة نظاما .

المطلب الخامس

الالتزام باتباع تعليمات الوقاية

نصت المادة (٩٨) من النظام على أنه يجب (على العامل أن يستعمل
الوسائل الوقائية المخصصة لكل عملية وأن يحافظ عليها وأن ينفذ التعليمات
الموضوعة للمحافظة على صحته ووقايته من الإصابات والأمراض وعليه أن يمتنع
عن ارتكاب أى فعل أو تقصير يتسبب عنه عدم تنفيذ التعليمات أو إساءة
استعمال أو تعطيل الوسائل المعدة لحماية صحة العمال المشتغلين معه وسلامتهم .
ويجوز لصاحب العمل أن يضمن لائحة الجزاءات عقاب كل عامل يخالف
احكام هذه المادة .) .

المبحث الثاني : حقوق العامل

للعامل قبل رب العمل الحقوق الآتية :

- ١ - حقه فى الأجر .
- ٢ - حقه فى التمتع بالاجازات التى قررها النظام .

٣ - حقه فى الاختراع الذى يصل اليه اثناء العمل وفقا للقواعد التى نص عليها النظام .

٤ - حقه فى العلاج الطبى والوقاية من اخطار العمل .

٥ - حقه فى أن تقدم اليه بعض الخدمات الضرورية والترفيهية والتجارية وخدمات النقل .

٦ - حقه فى فسخ العقد فى احوال معينة .

وسنقتصر على دراسة الحقوق الثلاثة الاولى تحت عنوان حقوق العامل .
أما حق العامل فى العلاج الطبى والوقاية من اخطار العمل فنظرا لأن العلاج الطبى للعامل يتوقف على عدد العمال فى كل منشأة على حدة فإننا نفضل أن ندرسه من ناحية أنه التزام على رب العمل يختلف فى مستواه حسب عدد عمال المشروع والمنشأة .

ويلحق بالعلاج الطبى دراسة التزام رب العمل بوقاية العامل من اخطار العمل اذ هما يهدفان الى الرعاية الصحية للعامل كذلك فنظرا لأن الخدمات الضرورية والترفيهية والتجارية وخدمات النقل التى تقدم للعامل يتوقف اكترها على عدد العمال فإننا نفضل كذلك دراستها من زاوية انها التزام على رب العمل قد يتوقف مستواه على عدد العمال . أما حق العامل فى فسخ العقد فإننا سندرسه مع حق رب العمل فى فسخ العقد تحت عنوان أسباب انتهاء عقد العمل .

المطلب الأول

الأجر

تنص الفقرة (٦) من المادة (٧) من نظام العمل على تعريف الأجر بأنه (كل ما يعطى للعامل مقابل عمله بموجب عقد مكتوب أو غير مكتوب ، مهما كان نوع الأجر ، سواء أكان نقدا أم عينا مما يدفع بالشهر أو بالاسبوع أو باليوم أو بالقطعة أو بالنسبة لساعات العمل او لمقدار الانتاج ، سواء كان ذلك

كله أو بعضه من عمولات أو من الهبة اذا جرى العرف بدفعها وكانت لها قواعد تسمح بضبطها ، وبصورة عامة يشمل الأجر جميع الزيادات والعلاوات أيا كان نوعها ، بما في ذلك تعويض غلاء المعيشة وتعويض اعباء العائلة .

والأجر عنصر جوهري أساسى فى عقد العمل مهما كانت صورته ، وأيا كان مقداره ، ومهما كانت طريقة دفعه ، فهو ثمرة جهد العامل والالتزام الرئيسى الذى يترتب على عاتق صاحب العمل مقابل العمل الذى يؤديه العامل فبعدد العمل هو من عقود المعاوضة وليس من عقود التبرع ، ولذا كان طبيعيا أن يلتزم صاحب العمل بدفع الأجر للعامل ، سواء كانت اعماله رابحة أم خاسرة ، ولذلك تعتبر الصفة الجزائية للأجر من ابرز سماته .

وقد أكدت المادة (٧٠) من نظام العمل اهمية الأجر فى عقد العمل اذ نصت على أن (عقد العمل هو عقد مبرم بين صاحب عمل وعامل ، يتعهد الأخير بموجبه ان يعمل تحت ادارة صاحب العمل أو اشرافه مقابل أجر) . كما نصت المادة (١٢٢) من نظام العمل على أنه : (يفترض فى اداء الخدمة أن يكون بأجر اذا كان قوام هذه الخدمة عملا لم تجر العادة بالتبرع به ، أو عملا داخلا فى مهنة من أداه) .

وغنى عن البيان انه لا يشترط لاستحقاق الأجر أن يقوم العامل بأداء العمل فعلا ، بل يستحق الأجر اذا أبدى استعدادا للقيام به فى مواعيده متى كان السبب الذى يمنعه عن العمل راجعا الى صاحب العمل .

وقد نصت المادة (٩٣) من النظام على انه (اذا حضر العامل أو المستخدم لمزاولة عمله فى الفترة اليومية التى يلزمه بها عقد العمل أو اعلن انه مستعد لمزاولة عمله فى هذه الفترة ولم يمنعه عن العمل الا سبب راجع الى صاحب العمل كان له الحق فى أجر ذلك اليوم) .

وسنعرض فيما يلى للضمانات التى وضعها النظام بشأن الأجر فى خصوص العملة التى يدفع بها وزمن دفع الأجر ومكانه . وغنى عن البيان أن رب العمل لا يستطيع أن يخفض من اجر العامل بأى صورة الا وفقا لاحكام النظام وطبقا

لقراراته طبقاً لمادة (٢٠٨) من النظام ، ويحق للعامل ترك العمل اذا خفض رب العمل اجره على غير مقتضى النظام ويكون تركه للعمل كما لو كان الفسخ صادراً من رب العمل ويتم بغير اعلان من العمل في هذه الحالة . على انه يحق لرب العمل دائماً ان يمتنع عن سداد اجر العامل الا اذا وقع العامل على الاستلام في السجل المعد لذلك وفقاً للمادة (١١٨) من النظام .

وسنعرض فيما يلي للضمانات التي وضعها النظام بشأن الأجر في خصوص العملة التي يدفع بها ، وزمن دفع الأجر ومكانه وطرق تحديده .
أولاً : العملة التي يدفع بها الأجر :

تنص المادة (١١٦) من نظام العمل على انه (يجب دفع اجر العامل وكل مبلغ مستحق له بالعملة الرسمية للبلاد) وينطوي هذا على التزام صاحب العمل بالوفاء بأجور العامل بالريالات السعودية ، فلا يجوز له الوفاء بها بعملة اجنبية ، حتى يلتزم العامل بما قد يترتب على ذلك من فروق استبدال العملة ، وحتى يتجشم عناء الانتقال الى المصارف والبنوك لأجراء الاستبدال .

كذلك لا يجوز دفع الأجر بصورة غير نقدية كما في حالة النقد الاتفاقي كالقوائم والبطاقات التي ليس لها قوة التداول الرسمية ، بل يقتصر قبولها في مخازن معينة يحددها صاحب العمل ويستطيع ان يشتري فيها ما يريد من حاجات بواسطة هذا النقد الاتفاقي ^(١) .

وقد نصت المادة الثالثة من اتفاقية العمل الدولية رقم (٩٥) التي اعدتها مؤتمر العمل الدولي لسنة ١٩٤٩ على أن الأجر المعين نقداً لا يجوز دفعه الا بنقد ذي تداول قانوني ، ويمتنع دفعه ببطاقات أو سندات لأمر أو حوالات .

يجوز للسلطة المختصة ان تجيز دفع الأجور بال شيكات أو بالحوالات المصرفية اذا جرت العادة بذلك أو عند موافقة العامل على ذلك .

كما يجوز أن يتم الاتفاق بين العاقل ورب العمل على أن يكون الأجر بعملة أجنبية كالدولار أو الجنيه الاسترليني .

(١) انظر د . محمود جمال الدين زكي : الوجيز في قانون العمل سنة ١٩٦٤ ص ٢٧٤ .

ثانيا : التحديد النظامى لوقت الوفاء بالأجر ومكانه :

نصت المادة (١٢٦) من نظام العمل كذلك على تحديد نظامى الزمان ومكان الوفاء بالأجر بما ييسر على العامل الحصول على أجره ، وفى هذا الخصوص نصت المادة المذكورة على أن يكون دفع الأجر فى مكان العمل ، حتى لا يتكبد العامل مشقة الانتقال من مكان عمله الى حيث يتم الوفاء له بالأجر .

كما نصت المادة المذكورة على أن يكون دفع الأجر (فى ساعات العمل) حتى لا يلتزم العامل بالانتقال فى أيام الراحة أو خارج أوقات الدوام ، الى مقر العمل للحصول على الأجر . ووفقا للمادة سالفة الذكر يتم سداد الأجر للعامل طبقا لما يأتى :

- ١ - بالنسبة للعمال باليومية تصرف أجورهم مرة كل اسبوع على الأقل .
- ٢ - وبالنسبة للعمال ذوى الأجور الشهرية تصرف أجورهم مرة فى الشهر .
- ٣ - أما اذا كان العمل يؤدى بالقطعة ويحتاج لمدة تزيد على اسبوعين فيجب أن يحصل العامل على دفعة كل اسبوع تتناسب مع ما اتمه من عمل ، على أن يصرف باقى الأجر كاملا فى الاسبوع التالى لتسليم العمل .
- ٤ - فى غير الاحوال السابقة تؤدى للعمال أجورهم مرة كل اسبوع على الأقل .

وقد نصت المادة (١١٧) من نظام العمل على أنه (اذا انتهت خدمة العامل وجب دفع أجره فورا ، أما اذا ترك العمل من تلقاء نفسه ، فيجوز فى هذه الحالة دفع أجره خلال سبعة أيام على الأكثر من تاريخ تركه العمل .

وغنى عن البيان أن وضع القواعد السابقة التى تكفل سرعة سداد الأجر للعامل يرجع الى اعتبارات انسانية واجتماعية لا تخفى على احد مردها قلة دخل العامل بوجه عام وحاجته الماسة اليه ، وقد استجاب المشرع فى هذا الى الحديث الشريف (اعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه) .

ثالثا : طرق تحديد الأجر :

١ - التحديد الاتفاقى بمقتضى العقد :

الأصل أن الأجر يتحدد فى العقد باتفاق الطرفين ، ولكن صاحب العمل هو الذى يستقل غالبا بتحديدده ، بينما يقتصر دور العامل على الإذعان لهذا التحديد والقبول بالأجر المعروض عليه .

وتحديد الأجر فى العقد هو الطريق الطبيعى والمنطقى بشأن تحديد الأجر وعلى هذا نصت المادة (٧٠) من النظام على أن يتضمن العقد (شروط العمل المتفق عليها) وبديهى أن الأجر من أهم عناصر العقد التى قصد المشرع ادراجها فى العقد .

وإذا تضمن العقد تحديدا اتفاقيا للأجر امتنع على صاحب العمل تخفيضه الا فى الأحوال التى ينص عليها النظام ووفقا للمادة (٢٠٨) التى سبق أن أشرنا اليها ولكن من البديهى أنه يجوز لرب العمل زيادة أجر العامل ومنحه علاوات اضافية تقديرا لكفاءته فى تأدية العمل .

٢ - التحديد بحكم القضاء :

إذا لم يتم تحديد الأجر اتفاقا ولم ينص عقد العمل على أجر العامل ، جاز للعامل أن يلجأ الى اللجنة المختصة لالزام رب العمل بأن يدفع له (الأجر المقدر لعمل من ذات النوع ان وجد ، والا قدر الأجر طبقا لعرف المهنة وعرف الجهة التى يؤدى فيها العمل ، فإن لم يوجد تولت اللجنة تقدير الأجر وفقا لمقتضيات العدالة) . وهذا هو ما نصت عليه الفقرة (أ) من المادة (١٢٣) من نظام العمل .

ويحق للعامل فى جميع الاحوال التى يمنح فيها اجرا دون الأجر المتفق عليه أو دون الحد الأدنى للأجر كذلك إذا انخفض الأجر المتفق عليه عن الحد الأدنى للأجور ، جاز للعامل ان يطلب الى اللجنة المختصة إلزام رب العمل بدفع الفرق المستحق له . ولا يخل هذا بأعمال المادة (٢٠٠) من النظام التى تقرر عقوبة على صاحب العمل وكل شخص مسئول عن دفع الأجور إذا خالف

أيا من احكام الفصل السادس من النظام والخاص بحماية الأجر . وقد قدرت المادة المذكورة العقوبة بواقع غرامة قدرها مائتا ريال عن كل عامل .

٣ - التحديد النظامى للأجر :

قد يجد المشرع من الضرورى فى احوال معينة أن يتدخل فيضع حدا ادنى للأجر لأسباب اقتصادية أو اجتماعية واضحة ، وقد نصت المادة (١١٥) من النظام على انه يجوز لمجلس الوزراء عند الاقتضاء تحديد حدّ ادنى للأجور بصفة عامة أو بالنسبة لمنطقة معينة أو لمهنة معينة .

٤ - أجور الساعات الإضافية :

أجاز النظام فى المادة (١٥٠) منه لرب العمل تشغيل العمال ساعات اضافية فى احوال محددة على سبيل الحصر على نحو ما ذكرنا . ويشترط فى جميع الأحوال أن لا تزيد ساعات العمل الفعلية عن عشر ساعات فى اليوم .

وتعتبر ساعة اضافية كل ساعة يقضيها العامل فى العمل خارج أوقات الدوام العادى . فاذا كان دوام المنشأة محددا بست ساعات فعلية فى اليوم ، فتعتبر كل ساعة عمل تزيد عن هذا القدر ساعة اضافية ، اذ أن الحد الذى عينته المادة (١٤٧) من نظام العمل بشان ساعات فى اليوم الواحد هو الحد الأقصى الذى لا يجوز لصاحب العمل تجاوزه فى الأحوال العادية .

وقد سبق أن ذكرنا أن النظام حدد أجور الساعات الإضافية فى المادة (١٥١) التى نصت على انه (يجب على صاحب العمل أن يدفع للعامل عن ساعات العمل الإضافية أجرا اضافيا يوازي أجره العادى مضافا اليه (٥٠ ٪) خمسين فى المائة فاذا وقع العمل فى يوم الراحة الاسبوعية أو أيام الأعياد أو العطلات الرسمية كان على صاحب العمل أن يدفع للعامل أجرا اضافيا عن ساعات العمل العادية أو الإضافية) .

وتنص المادة (١٥) من نظام العمل على أن (تعتبر المبالغ المستحقة للعامل أو معوله بمقتضى احكام هذا النظام ديمونا ممتازة من الدرجة الاولى ، وللعامل فى سبيل استيفائها كما لورثته امتياز على جميع اموال صاحب العمل .

وفي حالة افلاس صاحب العمل أو تصفية مؤسسته ، تسجل المبالغ المذكورة كديون ممتازة ويدفع للعامل معجلا حصة تعادل أجرة شهر واحد ، وذلك قبل سداد أى مصروف آخر بما فى ذلك المصروفات القضائية ، أو مصروفات التفليسة أو التصفية .

المطلب الثانى

الحق فى الاجازات

تدخل المشرع كما رأينا فيما سبق محددا ساعات العمل ، ثم ضمن المشرع النظام كذلك تحديد اجازات العامل بفرض راحة اسبوعية للعامل كما فرض له اجازات رسمية فى مناسبات معينة بالاضافة الى اجازة سنوية وإلى حقه فى اجازة مرضية وفقا للقواعد التى حددها النظام .

وعلاوة على ذلك حدد المشرع فى النظام قواعد اجازة الوضع للعاملة الحامل .

وفى اى بيان لأنواع الاجازات التى يستحقها العامل .

فللعامل الحق فى اجازات متعددة نص عليها النظام يسقط عنه فيها واجب العمل بل ويكون عليه الا يعمل خلالها . وقد ورد النص على هذه الاجازات فى المادة (١٤٩) والمواد من (١٥٣) الى (١٥٩) وكذلك المادة (١٦٤) الخاصة باجازة الوضع للنساء العاملات .

أولا : الاجازات المقررة للعامل :

١ - العطلة الاسبوعية :

من المقرر أن انقطاع العامل عن العمل يوما فى الاسبوع أمر ضرورى لتجديد نشاطه ولتمكينه من رعاية أسرته والقيام بواجباته الدينية . ولقد كان طبيعيا أن يعتبر يوم الجمعة من كل اسبوع يوم راحة بأجر كامل . ولكن مع ذلك يجوز لصاحب العمل فى الاعمال التى لا تسمح طبيعتها بالتوقف يوما فى الاسبوع (محابز - صحف - مطارات - الخ ...) أن يكلف بعض عماله بالعمل

في هذا اليوم بعد الحصول على موافقة مكتب العمل المختص وبشرط أن يعرض هؤلاء العمال عن يوم الجمعة الذي عملوا فيه بيوم آخر من ايام الأسبوع يكون عطلة بأجر كامل كما يجب أيضا أن يمكن هؤلاء العمال في جميع الاحوال من القيام بواجباتهم الدينية (مادة ١٤٩) .

هذا وقد جرت بعض الدول على جعل الراحة الاسبوعية لمدة يوم ونصف يوم ، وهذا ما يطلق عليه بنظام اسبوع العمل الانجليزي ، لأن انجلترا كانت أول من أخذ به^(١) بل ان بعض الدول قد جرت في الاتفاقات الجماعية فيها على تحديد الراحة الاسبوعية بيومين^(٢) .

٢ - اجازة الاعياد :

نص النظام على أن لكل عامل الحق في اجازة بأجر كامل في الاعياد التي يصدر بتحديدها قرار من وزير العمل ولا تزيد عن عشرة أيام في السنة (مادة ١٥٥) . وتشمل هذه الاجازة عيد الفطر وعيد الأضحى واليوم الوطني للمملكة .

٣ - الاجازة السنوية :

يعد حصول العامل على اجازة سنوية ليستريح فيها منقطعاً عن العمل مسألة ضرورية وحيوية وتعتبر الاجازة السنوية الآن من الحقوق المقررة للعامل في مختلف بلاد العالم (٣) وذلك لتجديد نشاط العمال والمحافظة على صحتهم فضلاً عن الاستجابة اليها للاعتبارات الأخرى المختلفة التي تتصل بالحياة الاجتماعية والفكرية للعامل .

(١) انظر محمد حلمي مراد : المرجع السابق (ص ٤٧٦) .

(٢) انظر فتحي المرفصاوى : النظرية العامة في عقد العمل ١٩٧٣ ص ٦٦ .

(٣) اهتمت منظمة العمل الدولية بهذا الموضوع وعقدت عدة اتفاقات لضمان حقوق العمال في الاجازات السنوية ، ومنها الاتفاقية رقم ٥٢ سنة ٣٦ ، والاتفاقية رقم ٥٤ سنة ١٩٣٦ والاتفاقية رقم ١٠١ سنة ١٩٥٢ ثم صدرت في سنة ١٩٥٤ توصية من مؤتمر العمل الدولي تتعلق بحق العمال في الحصول على اجازة سنوية بأجر لمدة لا تقل عن اسبوعين .

وتنص المادة (١٥٣) من النظام على انه (يستحق كل عامل امضى في خدمة صاحب العمل عاما كاملا اجازة سنوية مدتها خمسة عشر يوما بأجر كامل يدفع مقدما وتزاد الاجازة الى (٢١) يوما متى امضى العامل عشر سنوات متصلة في خدمة صاحب العمل .

ولقد كان من البديهي أن يراعى المشرع وجوب التوفيق بين حق العامل في الاجازة السنوية وحق رب العمل في تنظيم سير مشروعه في خلال العام فجعل لصاحب العمل حق اختيار (تواريخ اجازات عماله حسب مقتضيات العمل أو منحها بالتناوب لكي يؤمن سير عمله) (مادة ١٥٣ / ٢) .

وتحيز بعض التشريعات لصاحب العمل تجزئة اجازة العامل بشرط أن يمنح الأسبوع الأول منها كاملا غير مجزأ ويوجب بعضها الآخر أن يقع جزء من الاجازة السنوية في الفصل العام للاجازات في الدولة .

ونظرا لأن المشرع السعودي لم ينص على جواز التجزئة فإن الراجح القول بأنه ليس لصاحب العمل في التشريع السعودي أن يجزئ الاجازة بدون موافقة العامل لأن الأصل أن تمنح الاجازة دون تجزئة حتى تحقق الهدف منها وهو تجديد نشاط العامل بعد عام كامل من العمل .

ولا يجوز في جميع الاحوال التنازل عن الاجازة ويقع هذا التنازل باطلا ولكن من المقرر انه يجوز تأجيل الاجازة باتفاق يتم بين العامل ورب العمل ؛ مادة ١٥٣ (فقرة ١) .

تتضمن المادة (١٥٤) الاشارة الى حق العامل في التعويض عن اجازته اذا ترك العمل قبل التمتع بها فتنص على ان (للعامل الحق في الحصول على أجره عن أيام الاجازة المستحقة اذا ترك العمل قبل استعماله لها ، وذلك بالنسبة الى المدة التي لم يحصل على اجازته عنها ، كما يستحق اجرة الاجازة عن كسور السنة بنسبة ما قضاها منها في العمل .

ونرى انه وان كان العامل لا يستحق الاجازة اصلا الا بعد أن يمضى فى الخدمة عاما كاملا الا أن استحقاقه لأجرة الاجازة عن كسور السنة بنسبة ما قضاه منها يستند مباشرة الى المادة (١٥٤) خلافا للقاعدة العامة .

٤ - الاجازات المرضية :

كان من البديهي أن يعرض مشرعو الدول الى حق العامل فى الاجازة المرضية لأن المرض أمر يتعرض له كل انسان وتقرر المادة (١٥٨) من النظام للعامل فى كل منشأة تستخدم عشرين عاملا فأكثر الحق فى اجازة مرضية بأجر كامل عن الثلاثين يوما الأولى وبثلاثة ارباع الأجر عن الستين يوما التالية خلال السنة الواحدة .

كما وتوجب المادة المذكورة أن يثبت المرض بموجب شهادة طبية صادرة من طبيب مختص اعتمده صاحب العمل . واذا لم يكن لصاحب العمل طبيب معتمد فيجب أن تصدر الشهادة من طبيب تعينه الجهة المختصة فى الحكومة .

على انه لما كان المرض واقعة مادية وكان اثبات الوقائع المادية جائزا بكافة الطرق فانه يجوز اثبات المرض بأى دليل يقينى قاطع كشهادة صادرة من مستشفى أو من جهة طبية معتمدة فى الخارج أو نحوذلك طالما أن الدليل المذكور لا يرقى اليه الشك .

هذا ومن الجدير بالذكر أنه يجوز فى نظرنا للعامل ضمّ إجازته السنوية الى اجازته المرضية اذا استنفدت هذه الاجازة وظل مريضا ولا يجوز لرب العمل أن يعترض بأنه صاحب الحق فى تحديد ميعاد الاجازة السنوية لأن أساس حق رب العمل فى هذا التحديد هو توزيع الاجازات بين العمال على نحو لا يخل بإدارة المشروع على مدار السنة ، فاذا كان العامل مريضا ومنقطعا عن العمل بالفعل فانه لا يكون ثمة مبرر أو أساس لحق رب العمل فى تحديد موعد اجازة العامل السنوية ورفض ضم الاجازة السنوية الى الاجازة المرضية .

٥ - اجازة الزواج والميلاد والوفاة :

وللعامل الحق فى اجازة مدتها ثلاثة أيام بأجر كامل عند زواجه وله الحق فى

اجازة يوم واحد بأجر كامل في حالة ولادة ولد له وفي حالة وفاة زوجته أو احد اصوله أو فروعہ .

ويمحق لصاحب العمل أن يطلب من العامل الوثائق المؤيدة للعدر المستوجب للاجازة (مادة ١٥٩) .

٦ - الاجازة بدون اجر :

نص النظام في المادة (١٥٦) على أنه يجوز للعامل أن يحصل على (اجازة بدون اجر لمدة لا تزيد عن عشرة أيام في السنة بشرط موافقة صاحب العمل) .. وقد وضع هذا النص لمواجهة الحالات التي قد يحتاج فيها العامل الى التخلف عن العمل ولومع التضحية بأجره .

٧ - اجازة الوضع للعاملة :

أثبت النظام للمرأة العاملة الحق في اجازة وضع لمدة الاسابيع الاربعة السابقة على التاريخ المنتظر لولادتها والأسابيع الستة اللاحقة (مادة ١٦٤) . وتتقاضى العاملة خلال هذه الاجازة نصف الأجر اذا زادت خدمتها في المنشأة عن سنة والأجر الكامل اذا بلغت خدمتها يوم بدء الاجازة ثلاث سنوات أو اكثر . واذا كانت اجازة الوضع بنصف أجر ، فان العاملة تحصل على اجازتها السنوية في السنة نفسها بنصف اجر فقط . اما اذا كانت اجازة الوضع بأجر كامل فانها لا تتقاضى اجرا خلال اجازتها السنوية لنفس السنة .

هذا ويتحمل صاحب العمل مصاريف الفحص الطبي ونفقات العلاج والولادة (مادة ١٦٦) .

ولا يجوز لصاحب العمل فصل العاملة اثناء تمتعها باجازة الحمل والولادة (مادة ١٦٧) .

وقد قرر النظام هذه الاحكام رعاية للأمومة .

ثانيا : الجزاء على عمل العامل في اجازته السنوية لدى رب عمل آخر :

اذا لم ينتفع العامل باجازته فيا شرعت له وهو الراحة واستعادة النشاط بل

قام في اثباتها بالعمل لدى رب عمل آخر فان النظام يوقع به جزاء قاسيا هو الحرمان من الأجر اذ تنص المادة (١٥٧) والمادة (١٦٩) بالنسبة للعاملة على أن لصاحب العمل ان يحرم العامل من اجره عن مدة الاجازة أو يسترد ما أداه من أجر عنها اذا ثبت اشتغاله خلالها لحساب صاحب عمل آخر .

الفصل الثاني

آثار العقد بالنسبة لرب العمل

المبحث الأول : التزامات رب العمل

المطلب الأول

الالتزام بتقديم العمل الى العامل

من المقرر أن القيام بالعمل التزام يقع على عاتق العامل ، فهل يلتزم رب العمل بتقديم العمل اليه ؟ . من المؤكد أن رب العمل يلتزم بتقديم العمل اذا كان أجر العامل متوقفاً على عمله الفعلي كما اذا كان الأجر بالقطعة أو بالطريحة ، كذلك فانه يلتزم بتقديم العمل اذا كان العامل سيكتسب من ادائه خبرة فنية تفوت عليه اذا لم يعمل ، أما في غير هاتين الحالتين ، فقد يذهب رأى الى القول إن رب العمل لا يلتزم بوجه عام بتقديم العمل الى العامل وبتمكينه من القيام به ولكن الراجع أن رب العمل يلتزم دائماً بتقديم العمل للعامل لأن حصول العامل على الأجر بدون عمل يخدش كرامته ويحرجه وينال من اعتباره ومن ثم يجوز له اذا رغب أن يطلب فسخ العقد .

المطلب الثاني

الالتزام بدفع الأجر

سبق أن ذكرنا أن الأجر يتحدد اتفاقا في العقد والا حددته اللجنة المختصة وفقا لاحكام النظام (مادة ١٢٣ أ) .

وقد ذكرنا أنه اذا كان الأصل هو حرية الطرفين في تحديد مقدار الأجر فان النظام يقرر لمجلس الوزراء عند الاقتضاء جق وضع حد ادنى للأجور اما بصفة عامة - وهذا ما يعرف بالحد الأدنى الحيوى - وإما بالنسبة لمنطقة معينة أو مهنة معينة وينفذ قرار مجلس الوزراء من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية ، و يتم التحديد بناء على اقتراح من وزير العمل بعد الاستعانة بلجنة خاصة (مادة ١١٥) .

وتجربى اغلب الدول على وضع حد أدنى للأجور حماية للعامل وتشيا مع الأساس الأنسانى لقانون العمل حتى لا يكون العمل - وهو لا ينفصل عن الشخص - سلعة تخضع للعرض والطلب على نحو يمكن من استغلال العامل . على أية حال فأيا كان مصدر تحديد الأجر فهو ابرز التزامات رب العمل .

المطلب الثالث

الالتزام باستخدام العمال

الوطنيين واعدادهم مهنيا

يقع على عاتق كل دولة التزام بحماية القوة البشرية العاملة من مواطنيها والذود عن حقوقهم في العمل وتفضيلهم على الأجانب على أساس أن الوطنيين هم أصحاب الحق الطبيعى في العمل على ارض وطنهم وأن عمل الأجنبى على أرض الوطن ضرورة تتقرر استثناءا عند عدم كفاية القوة البشرية الوطنية ،

وكل ضرورة تقدر بقدرها . فالقاعدة العامة أن العمل في المملكة حق للمواطن السعودي لا يجوز لغيره ممارسته الا في الاحوال التي يسمح بها النظام .
وقد نصت المادة (٤٨) على ان (العمل حق للمواطن السعودي لا يجوز لغيره ممارسته الا بعد توافر الشروط المنصوص عليها . والعمال السعوديون متساوون في حق العمل في جميع مناطق المملكة بدون تمييز .)
كما نصت المادة (٤٩) على أنه (لا يجوز استقدام الأجانب بقصد العمل أو التصريح لهم بمزاويلته لدى الشركات والمؤسسات الخاصة الا بعد موافقة وزير العمل والحصول على رخصة عمل وفقا للنموذج والاجراءات والقواعد التي تقرها وزارة العمل ولا تعطى هذه الرخصة الا بعد توافر الشروط الآتية :
١ - أن يكون العامل قد دخل البلاد بطريقة مشروعة ومستوفيا للشروط المنصوص عليها في نظام الإقامة .

٢ - أن يكون من ذوى الكفاءات المهنية أو المؤهلات الدراسية التى تحتاج اليها البلاد ولا يوجد من ابناء البلاد من يحملها أو كان العدد الموجود من أبناء البلاد لا يفي بالحاجة .

٣ - أن يكون متعاقدا مع صاحب عمل سعودي أو صاحب عمل غير سعودي مصرح له بموجب نظام استثمار رؤوس الأموال الأجنبية وتحت كفالة صاحب العمل أو أن يكون من أصحاب المهن الحرة ومكفولا من أحد السعوديين أو يكون متعاقدا مع احدى شركات الامتياز وتحت كفالتها .)

وقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة على أنه (يقصد باصطلاح العمل في المادة سالفة الذكر) كل عمل صناعى أو تجارى أو زراعى أو مالى أو غيره وكذلك أى خدمة بما فى ذلك الخدمة المنزلية) .

وأوجب النظام كذلك الا تقل نسبة العمال السعوديين الذين يستخدمهم صاحب العمل عن ٧٥ ٪ من مجموع عماله كما يجب الا تقل اجورهم عن (٥١ ٪) من مجموع أجور عماله . ويجوز لوزير العمل أن يخفض هذه النسبة مؤقتا فى حالة عدم توفر الكفاءات الفنية أو المؤهلات الدراسية (مادة ٤٥) .

هذا وما تجدر الإشارة إليه أن النص سالف الذكر لا يخصص للوطنيين نسبة معينة من الوظائف العليا ولا من أجورها ولذلك فمن الممكن أن تستوفى النسب الواردة في النظام من حيث العدد أو من حيث الأجور دون أن ينال الوطنيون أية نسبة من الوظائف الفنية العليا ، ولذلك فمن المفيد أن يتضمن النظام تحديد نسبة للوطنيين في هذه الوظائف حماية للمصالح الوطنية .

وبالإضافة الى ذلك يجب على كل رب عمل وطنيا كان أو أجنبيا أن يقوم باعداد عماله السعوديين مهنيا ليتمكنوا من الحلول محل غير السعوديين وذلك بتحسين مستواهم في الاعمال الفنية التي يمارسها غير السعوديين بحيث يحل العامل السعودي محل غير السعودي .

وقد اوجب النظام على صاحب العمل ان يعد سجلا يقيد فيه اسماء العمال السعوديين الذين احلهم محل غير السعوديين وذلك حسب الشروط والقواعد والمحدد التي يقرها وزير العمل (مادة ٥٠) .

وأخيرا أوجبت المادة (٤٤) على كل صاحب عمل التزام عام بتدريب العمال السعوديين اذا كان يستخدم مائة عامل فاكتر على الا يقل من يتم تدريبهم من العمال السعوديين على الاعمال الفنية على (٥٠ %) من مجموع عماله وذلك وفقا لبرنامج التدريب الذي تعده وزارة العمل .

المطلب الرابع

الالتزام بتشغيل العاجزين

ومن الالتزامات التي يفرضها النظام كذلك على ارباب الأعمال الالتزام بتشغيل العمال العاجزين وقد فرض النظام هذا الالتزام على أصحاب الأعمال حتى يحمي العمال العاجزين من الحرمان من العمل اذ من البديهي أن يفضل اصحاب الأعمال استخدام العمال كاملي القدرة . ولا يخفى أن المشرع قد هدف من هذا الالتزام الى تحقيق اهداف انسانية واجتماعية واقتصادية تتعلق بالعجزة .

والعاجز هو كل شخص نقصت قدرته فعلاً على أداء عمل مناسب والاستقرار فيه نتيجة لعاهة بدنية أو عقلية (مادة ٥١) .
ويقصد بالتأهيل المهني الخدمات التي تقدم للعاجز لتمكينه من استعادة قدرته على مباشرة عمله الأصلي أو أى عمل آخر مناسب لحالته (مادة ٥٢) .
وقد نص النظام على أن يكلف وزير العمل بالاتفاق مع الوزارات والمؤسسات المختصة بإنشاء وتنظيم المعاهد اللازمة للقيام بخدمات التأهيل المهني وتمنح هذه المعاهد للعاجز الذى تم تأهيله مهنيا شهادة تثبت ذلك تحدد بياناتها بقرار من وزير العمل (مادة ٥٣) .

وتوجب المادة (٥٤) على كل صاحب عمل يستخدم (٥٠) عاملاً فاكثر وتمكنه طبيعة العمل لديه من استخدام العاجزين الذين تم تأهيلهم مهنياً أن يستخدم (٢ ٪) من مجموع عدد عماله منهم سواء كان ذلك عن طريق ترشيح مكاتب التوظيف أو من غير هذا الطريق . ومن باب أولى توجب المادة (٥٥) على صاحب العمل أن يحتفظ بالعامل الذى اصيب اثناء العمل لديه اذا كان العجز الناتج عن اصابة العمل لا يمنعه من اداء عمل آخر غير عمله السابق . فعلى صاحب العمل أن يستخدمه فى العمل المناسب بالراتب المحدد لهذا العمل وذلك فى حدود نسبة ١ ٪ من مجموع عماله . ولا يخجل ذلك بما يستحقه هذا العامل من تعويض عن اصابته وفقاً للقواعد المقررة فى هذا الشأن .

المطلب الخامس

الالتزام بإنشاء سجلات للعمال

ومنح العمال بطاقات خدمة.

أوجب النظام كذلك على رب العمل إنشاء سجلات للعمال لتنظيم العلاقة بينه وبينهم فقد نصت المادة (١٠) من النظام على انه يجب على صاحب العمل أو المدير المسئول أن يحتفظ فى مكان العمل بسجلات وكشوف للعمل

تتضمن جميع البيانات الخاصة بالعامل وما يطرأ على وضعه من تاريخ بداية خدمته وما حصل عليه من اجور وترقيات وما وقع عليه من جزاءات وما يحصل عليه من اجازات ومميزات وتعويضات وغير ذلك وكذلك البيانات الخاصة بعمل الاحداث والنساء واصابات العمل وامراض المهنة . ويجب ايضا ان تعطى الى كل عامل بطاقة خدمة تتضمن البيانات الواجبة ولوزير العمل اصدار نماذج بطاقة الخدمة التى يلزم اصحاب العمل باعطائها للعامل (م ٩٥) ولا يخفى أن الهدف الاساسى من الزام رب العمل بانشاء سجلات للعامل ومنح العمال بطاقات خدمة هو احكام رقابة الادارة على تنفيذ احكام النظام .

كذلك فمن المسلم به أن هذه السجلات وتلك البطاقات تيسر حسم الخلافات التى تقوم بين العمال واصحاب الاعمال بشأن حقوق والتزامات كل منهم .

ولا شك انه لا يجوز وفقا للقواعد العامة الاحتجاج بالسجل ضد العامل لأن السجل من صنع رب العمل والشخص لا يصطنع دليلا لنفسه ولكن يجوز الاحتجاج على العامل بالاقراءات الصادرة منه أو الأوراق الموقعة منه والمحفوظة بالسجل بشأن وضعه وحالته وحقوقه والتزاماته . على أن السجل وبطاقة الخدمة التى يمنحها رب العمل للعامل تعتبر حجة على صاحب العمل وتأخذ حكم الإقرار فيما تضمنته من بيانات ما لم يقم الدليل على خطأ هذه البيانات .

المطلب السادس

الالتزام بالرعاية الطبية للعامل

يعد الالتزام بالرعاية الطبية للعامل من أبرز وأهم التزامات رب العمل . وقد درجت التشريعات الحديثة على الزام أرباب الاعمال بالرعاية الصحية للعامل حماية للقوة البشرية في البلاد ولا هداف اجتماعية وانسانية واضحة . وقد اخذ المشرع السعودى بهذا المنطق والزم ارباب الاعمال فى المواد من (١٣٤) الى

(١٣٧) بتقديم الرعاية الطبية للعمال وفقا لقواعد فصلها النظام .
ومن الجدير بالذكر أن هذه القواعد لا تتعلق باصابات العمل وامراض
المهنة التى تحكمها المادتان (٢٧) و (٢٩) من نظام التأمينات الاجتماعية
والتي سنعرض لها فيما بعد .

ولما كانت المنشآت والمشروعات تتفاوت فى المقدرة المالية وعدد العمال فقد
اقام المشرع مستويات متفاوتة من الرعاية الطبية حتى يلائم واقع وامكانيات
مختلف المشروعات . فقد انشأ المشرع اربع درجات من الالتزام بالرعاية الطبية
بحيث يزداد الالتزام فى مضمونه كلما زاد عدد العمال .

ولكن التشريع لا يعتد بعدد العمال فى المشروع ككل بل ينظر الى عدد
العمال فى المنشأة أو الوحدة الاقتصادية القائمة بذاتها ولو كانت جزءاً من
المشروع الذى قد يضم عدداً من هذه الوحدات اذ تقضى المادة (١٣٤) من
النظام بأن العبرة بزيادة عدد العمال عن الخمسين (فى مكان واحد أو بلد واحد
أو فى دائرة نصف قطرها (١٥) كيلومترا) .

وقد اعتبر المشرع عدد العمال مقياساً لمستوى الالتزام ولم يحدد الالتزام على
اسس اخرى غير ثابتة أو غير مؤكدة ، والمستويات الأربع التى وردت فى النظام
هى :

١ - اذا قل عدد عمال المنشأة عن خمسين عاملاً فيقتصر التزام صاحب
العمل على تأمين خزانة للاسعافات الطبية تكون محفوظة بحالة صالحة ومحتوية
على الأربطة والأدوية والمطهرات التى يقرها وزير العمل بالاتفاق مع وزير
الصحة وذلك للقيام باسعاف العمال اسعافاً أولياً (مادة ١٣٤) .

٢ - واذا كان عدد العمال يتراوح بين خمسين ومائة عاملاً فيجب على رب
العمل فضلاً عما تقدم أن يستخدم ممرضاً ملماً بوسائل الاسعاف ، ويخصص
للقيام بها وان يعهد الى طبيب بعيادة العمال وعلاجهم فى المكان الذى يعده لهذا
الغرض وأن يقدم لهم الأدوية اللازمة للعلاج وذلك بدون مقابل سواء كان ذلك فى
وقت العمل أو غيره .

ومن المتفق عليه ان التزام رب العمل برعاية العمال طبيا هنا يشمل جميع الأمراض التى قد تصيب العامل ولو كان منقطع الصلة بالعمل . ولكن التزام صاحب العمل يقف عند حد توفير طبيب ممارس عام فهو لا يلزم بالاتفاق مع اطباء اخصائيين لمختلف الأمراض .

هذا ويلتزم رب العمل أيضا بصرف الأدوية اللازمة لعلاج العمال بدون مقابل .

ونظرا لعموم النص يشمل هذا الالتزام كل ما يصدق عليه وصف الدواء سواء أكان جاهزا أم محضرا وسواء أكان الممرض عارضا أم مستمرا . هذا والأصل الا يلزم صاحب العمل الا بأثمان الأدوية التى يقررها طبيبه المخصص لعيادة العمال .

هذا ويجب على صاحب العمل أن يبلغ مكتب العمل المختص عن اسم الطبيب الذى اختاره لعلاج العمال (مادة ١٣٥) .

٣ - فإذا تجاوز عدد العمال فى المنشأة المائة عامل فان التزام رب العمل يتسع فيكون عليه أن يوفر للعمال جميع وسائل العلاج بالمجان ويشمل ذلك الأطباء الاخصائيين والعمليات الجراحية وغيرها .

وفى حالة اجراء العمليات الجراحية ونحو ذلك من الامراض المستعصية تؤخذ النفقات من صندوق التأمينات الاجتماعية ويتبع فى تحديد نفقات العلاج والأدوية والاقامة فى المستشفيات الحكومية والخيرية ومن يقع على عاتقه دفعها .) ما يقرره وزير العمل بالاتفاق مع وزير الصحة أو ما ينص عليه فى احكام نظام التأمينات الاجتماعية . (مادة ١٣٤) .

وعلى رب العمل أن يبلغ مكتب العمل بأسماء الأطباء والإخصائيين الذين اختارهم لعلاج العمال وبأسماء المستشفيات التى عينها لذلك فضلا عن الحد الأدنى للأيام المقررة لعيادة العمال بشرط الا يقل ذلك عن ثلاث مرات فى الاسبوع . (مادة ١٣٥) .

هذا ولا يجوز للعامل أن يطالب بالعلاج لدى اخصائيين غير الذين يختارهم

صاحب العمل أو في مستشفيات لم يقرها .

٤ - وإذا تجاوز عدد العمال الذين يستخدمهم صاحب العمل - في المشروع ككل لا في الوحدة الاقتصادية أو المنشأة - ٥٠٠ عامل فانه يجوز لوزير العمل مراعاة لطبيعة مناطق العمل وظروفها وعدد العمال فيها أن يقرر قيام رب العمل على نفقته بإجراء ما يلزم من الترتيبات الطبية المناسبة للمحافظة على صحة العمال وعلاج من يعولونهم شرعا علاجاً شاملاً مع مراعاة الأحكام الواردة في نظام التأمينات الاجتماعية (مادة ١٣٧ ج) .

والمقصود بالعلاج الشامل لأسرة العامل هو العلاج بجميع وسائله ويدخل فيها الاختصاصيون والعمليات الجراحية على ما يبين من اطلاق عبارة النص .
ومن الجدير بالذكر أن الالتزام السابق لا ينشأ على رب العمل في جميع الحالات وبقوة النظام بل يبقى زمامه بيد وزير العمل بعد مراعاة مختلف الاعتبارات السابقة وهي اعتبارات طبيعة مناطق العمل وظروفها وعدد العمال فيها .

المطلب السابع

الالتزام بوقاية العمال من اخطار العمل

يعود هذا الالتزام في مصدره التاريخي الى زمن التجمع الحرفي في العصور الوسطى ولكنه ازداد في العصر الحديث بكثرة الاعتماد على الآلات لذا تفرض تشريعات العمل الحديثة على اصحاب العمل الالتزام بوقاية عمالهم من اخطار العمل المختلفة ويوجد ما يسمى بقانون المصنع ويضمّ مجموع القواعد المتعلقة بوقاية صحة العمال وحمايتهم من اخطار الآلات .

يتضمن نظام العمل السعودي أحكاماً متعددة في هذا الشأن وردت في المواد من (١٢٨) حتى (١٣٣) وفي المادة (١٤٦) .

ويجب أن يتخذ صاحب العمل كافة الاحتياطات والاجراءات الواجبة في هذا الخصوص دون اى مقابل يفرض على العمال (مادة ١٢٨) .

المطلب الثامن

الالتزام بتقديم خدمات ضرورية وترفيهية وتجارية وخدمات نقل

الى جانب الالتزامات السابقة فرض المشرع عدة التزامات اخرى على اصحاب الاعمال وقد وردت هذه الالتزامات في المواد (١٣٧) (١٤٢) (١٤٣) (١٤٤) وهذه الالتزامات هي :

١ - انشاء نظام اختياري للتوفير والادخار وتوفير وسائل الراحة والترفيه اذا كان صاحب العمل يستخدم ٥٠ عاملا فاكثر وذلك حسب المواصفات التي يقرها وزير العمل (مادة ١٣٧ / ١) .

٢ - واذا كان رب العمل استخدم (٥٠٠) عامل فاكثر التزم - طبقا لما يقره وزير العمل ان يقدم لعماله خدمات متنوعة : فعليه توفير حوانيت لبيع الطعام والملابس وغير ذلك من الضروريات بأسعار معتدلة وذلك في مناطق العمل التي لا تتوفر فيها عادة تلك الحوانيت (١٣٧ / فقرة ٢ أ) .

وكذلك يلتزم رب العمل في هذه الحالة باقامة متنزهات وملاعب رياضية ملحقة بأماكن العمل ومكتبات ثقافية للعمال (١٣٧ / ٢ ب) وتوفير مدارس لتعليم اولاد العمال اذا لم يتوفر في المنطقة مدارس كافية وانشاء مساجد في اماكن العمل (١٣٧ / ٢) وكذلك اعداد برامج لمحو الأمية بين العمال (١٣٧ / ٢ هـ) .

٣ - يلتزم صاحب العمل كذلك بتوفير وسائل الانتقال اذا كانت أماكن العمل لا تصل اليها المواصلات العادية المنتظمة (مادة ١٤٢) .

وينقل العمال وإما من محال اقامتهم وإما من مركز تجميع معين يقع في قلب المدينة أو في المكان الذي تنتهي فيه مواصلات المدينة المنتظمة .

ولا يجوز لزب العمل أن يتقاضى من العمال مقابلا لهذه الخدمة الا عن الجزء الذى يقع داخل المدينة وتغطيه وسائل المواصلات العادية المنتظمة ولا يجبر

العامل فى هذا الجزء على الانتقال بالوسائل التى يعدها رب العمل .
٤ - يلتزم رب العمل فى المناطق البعيدة عن العمران والتى تحدد بقرار من وزير العمل والشؤون الاجتماعية بتوفير مخيمات لائتقة للسكن والماء الصالح والغذاء للعمال الذين يؤدون عملا فى مناطق التنقيب ويقيمون فى مخيمات وذلك كله طبقا للاحكام الواردة فى المادة (١٤٣) من النظام .

المطلب التاسع

الالتزام بالتسوية بين عمال المقاول من الباطن

وعمال صاحب العمل الاصلى

نصت المادة (٨) من النظام على أنه (اذا عهد صاحب العمل لأى شخص طبيعى أو معنوى القيام بعمل من اعماله الأصلية أو جزء منها وجب على الأخير أن يعطى عماله كافة الحقوق والمزايا التى يعطيها صاحب العمل الأصلى لعماله ويكونان مسئولين عنها بالتضامن فيما بينهما) .

وبين من استقراء نص النظام سالف الذكر أنه اذا عهد رب العمل بالقيام بأخذ اعماله الأصلية الى صاحب عمل آخر ، فان عمال هذا الأخير يجب أن يسووا فى الحقوق والامتيازات بعمال صاحب العمل الأصلى .

والواقع أن المشرع أقام هذا الالتزام بهدف الوقوف فى وجه بعض أصحاب الأعمال الذين يستندون جوانب من عملهم الأصلى الى مقاولين أو أصحاب أعمال آخرين بقصد التخلص من الحقوق أو الامتيازات التى حصل عليها عمالهم ، ولولا ما تضمنه نص المادة (٨) لحدثت تفرقة فى المعاملة بين فريقين من العمال الأول يستخدمهم صاحب العمل والفريق الثانى يستخدمهم المقاول أو صاحب عمل آخر بينما يقوم الفريقان بتأدية عمل واحد لصاحب العمل الأصلى وهو ما يتنافى مع العدالة ويثير القلق فى نفوس العمال الأدنى مركزا وقد يؤدى الى القلاقل والفتن .

ومفهوم النص سالف الذكر التسوية بين الفريقين في الحقوق والمزايا بما في ذلك الأجور وساعات العمل والاجازات والمزايا الطبية والاجتماعية وغير ذلك من المزايا التي يتمتع بها عمال صاحب العمل الأصلي الذي اسند بعض اعماله الى آخر .

وتقع مسئولية تنفيذ الالتزام بالتسوية على عاتق المفاوض من الباطن بصفة أصلية ولكن صاحب العمل الأصلي يكون مسئولاً ايضاً أمام العمال عن تحقيقها ويقيم النظام تضامناً بينهما في هذا الالتزام لمصلحة عمال المفاوض من الباطن فيكون لهم أن يرجعوا على أى واحد منهما أو عليهما مجتمعين .

ويترتب على ما تقدم أنه يكون لصاحب العمل الأصلي أن يعود على المفاوض من الباطن اذا رجع عليه العمال ، وقد عالج النظام في نص المادة (٨) سالفه الذكر الصورة الغالبة في العمل عندما يكون عمال المفاوض في مركز أدنى من مركز عمال صاحب العمل الأصلي ، أما اذا حدث العكس فكان عمال المفاوض في وضع افضل من عمال صاحب العمل الأصلي فمن البديهي أن صاحب العمل الاصلى لا يلتزم بمساواة عماله بعمال المفاوض لانعدام مظنة التحايل على احكام النظام .

ويجب لانطباق نص المادة (٨) من النظام ما يأتى :

١ - أن يكون العمل المجهود به الى المفاوض من الاعمال الأصلية لرب العمل ، ويثير هذا الشرط صعوبات كثيرة في العمل فمثلاً ، تعتبر اعمال التنقيب عن البترول وانشاء الخزانات وصيانتها من الأعمال الأصلية لشركات التنقيب عن البترول - بينما لا يعتبر التشجير والتخضير وانشاء المباني أو اقامة الحدائق أو اعمال النظافة من أعمالها الأصلية .

وقد حكم القضاء في مصر بأن أعمال التجارة والنحاس والدهان لا تعتبر من الاعمال الأصلية لشركة قناة السويس بينما يعتبر اصلاح القاطرات التي تقطر السفن في القناة من اعمالها الأصلية . وقد اعتبر القانون المصرى أن الأعمال الأصلية بالنسبة للأفراد هي الأعمال التي يباشرها صاحب العمل بصفة أصلية

أى هى موضوع نشاطه المعتاد ، أما بالنسبة للشركات فالاعمال الأصلية وفقا للقانون المذكور هى تلك التى أنشئت الشركة من أجل القيام بها وكان منصوصا عليها فى عقد تأسيسها أو فى عقد الامتياز اذا كانت من شركات الامتياز . ولكن لا يشترط أن تكون للاعمال الأصلية صفة الاستمرار ما دامت بطبيعتها داخلية فى موضوع نشاط المنشأة . ويمكن الاستئناس بهذا الحكم فى تطبيق احكام النظام السعودى .

٢ - يجب كذلك ان تتساوى الكفاءات والمؤهلات بين عمال المقاول وعمال صاحب العمل الأصلى فلا محل للتسوية فى المعاملة الا حيث تتساوى الظروف والشروط وهذا هو ما تقضى به العدالة وحسن تطبيق احكام النظام . ولكن هل يشترط أن يؤدى العمل المعهود به الى المقاول فى نفس المنطقة التى يعمل فيها عمال صاحب العمل الأصلى ؟ وهل يلزم المقاول بالتسوية اذا كان عماله يؤدون العمل فى الريف مثلا بينما يؤديه عمال صاحب العمل الأصلى فى المدينة .

يوجب القانون المصرى أن تتساوى الظروف المكانية والا فلا محل للتسوية . وقد اضيف هذا الشرط بعد أن شكا أرباب الأعمال من عمومية النص مستنديين الى أن اختلاف البيئة والظروف الاقتصادية وتوفر الأيدي العاملة هى كلها عناصر لها أثرها الكبير على شروط العمل ويجب أن تدخل فى الحساب .

ولا يتضمن النظام السعودى هذا الشرط ولذلك يقوم الالتزام بالتسوية رغم اختلاف المكان والظروف ، وقد يكون من المصلحة أن يدخل التشريع السعودى القيد الخاص باتحاد المكان والظروف حتى لا يتساوى العمال فى الحقوق والمزايا الا اذا قاموا بالعمل فى ظروف متاثلة .

وقد خصص نظام العمل السعودى المواد من (١٣٨) حتى (١٤١) لتأكيد تطبيق حكم المادة (٨) من النظام السعودى على شركات الامتياز العاملة بالمملكة . وطبقا لهذه النصوص يكون على شركات الامتياز التى تعهد

بتنفيذ بعض اعمالها من انشاء وصيانة أو غيرها الى متعهدين أن تشتترط في عقود المتعهد أن يقوم المتعهد تجاه عماله بتأدية جميع الحقوق وتحمل جميع الالتزامات التى تترتب للعمال فيما لو قامت الشركة ذات الامتياز نفسها بالاعمال (مادة ١٣٨) .

وليس من شك في ان المقصود هنا هو أن يكون العمل الذى اسند الى المتعهد من اعمال الشركة الأصلية وقد اوردت المادة (١٣٨) حكما لم يرد في المادة (٨) هو أنه يجب اشتراط وجوب التسوية في عقود شركات الامتياز مع المتعهدين .

وتنص المادة (١٣٩) على انه تطبق على عمال متعهدى الشركات ذات الامتياز الأنظمة الأساسية لعمال هذه الشركات ويستفيدون من جميع المنح والتعويضات ونسب الأجور المعمول بها في هذه الشركات .

وتنص المادة (١٤٠) على ان تتحمل الشركات ذوات الامتياز المسؤولية القانونية ازاء عمال متعهديها تطبيقا لاحكام المادتين السابقتين ولها لقاء ذلك أن تحتجز من قيمة اعمال متعهديها ما يضمن هذه المسؤولية حتى انتهاء العقد . ولا يضيف هذا النص جديدا الى حكم المادة (٨) من النظام لأن صاحب العمل الأصلى مسئول طبقا للمادة (٨) أمام عمال المفاوض عن تنفيذ ما تضمنه من احكام .

وتقضى المادة (١٤١) بأنه في كل التعهدات التى لا يطبق المتعهدون فيها احكام المواد السابقة يحق لوزير العمل والشؤون الاجتماعية ابطالها بقرار مستند الى تقرير من رئيس مفتشى العمل في الوزارة بعد تحقيق خاص يقوم به . ومن شأن هذا الحكم أن يلزم المتعهدون باحترام حقوق العمال واجراء التسوية الكاملة بين عمالهم وعمال الشركات ذات الامتياز .

والواقع انه قد لا يكون من المجدى أو المفيد بالنسبة للعمال ابطال العقود والتعهدات لذلك فقد يكون من الأوفق أن يتضمن النص اجراءات أخرى يتم ضمان حقوق العمال بها كمنح وزير العمل حق الحجز الادارى المباشر على

ممتلكات شركات الامتياز ومقاوليها للوفاء بما يستحقه العمال من حقوق وفقا للنصوص سالفة الذكر .

المبحث الثاني : حقوق رَبِّ الْعَمَل

يتمتع رب العمل بمقتضى النظام بعدة حقوق هي :

١ - حق تنظيم العمل .

٢ - حق فسخ العقد في احوال معينة .

٣ - حق تأديب العامل .

وقد سبق لنا أن عرضنا لحق رب العمل في تنظيم العمل عند دراستنا لعنصر التبعية .

كما اننا سنقوم بدراسة حق رب العمل في فسخ العقد عند دراستنا لأسباب انتهاء عقد العمل .

أما حق رب العمل في تأديب العامل أو ما يعبر عنه احيانا بالسلطة التأديبية فسنفرد لها لأهميتها فصلا مستقلا .

الفصل الثالث

السلطة التأديبية

يستمد رب العمل حقه في تأديب العامل من سلطته في الاشراف على العامل في اطار عنصر التبعية والاشراف الذى سبقت دراسته .

ويجوز لرب العمل وفقا لذلك توقيع الجزاء على العامل الذى يرتكب جريمة أو مخالفة تأديبية .

وقد اوجبت المادة (١٢٥) من النظام على رب العمل الذى يستخدم عشرين عاملا فأكثر (أن يضع فى مكان ظاهر من مؤسسته لائحة بالجزاءات والمكافآت وشروط توقيعها أو منحها) . كما أوجبت لنفاذ لائحة الجزاءات وما يطرأ عليها من تعديلات اعتمادها من قبل وزير العمل خلال شهرين من تقديمها ، فإذا انقضت تلك المدة دون موافقة الوزير أو الاعتراض عليها أصبحت نافذة) . وقد أصدر وزير العمل طبقاً للمادة (١٢٥) ساقفة الذكر لائحة نموذجية للجزاءات والمكافآت بالقرار رقم (١١٩) فى ١٢/٤/١٣٩٠ هـ .

واستعمال رب العمل السلطة التأديبية يعنى حقه فى توقيع الجزاء على العمال الذين يخالفون الأوامر التى يصدرها اليهم كعقوبة على الاضطراب الذى تحدثه هذه المخالفة فى حياة المؤسسة أو المنشأة الصناعية أو التجارية^(١) ونظراً للأهمية البالغة للسلطة التأديبية فقد حاول الفقه منذ مدة أن يقيم الأساس القانونى لهذه السلطة وقد اتجه جانب من الفكر التقليدى فى فرنسا إلى أن صاحب العمل يستمد سلطته التأديبية من عقد العمل ذاته ، وعلى هذا فقد قالوا بالتزام صاحب العمل بالا يوقع من الجزاءات الا ما هو منصوص عليه فى العقد أو فى اللائحة الداخلية للعمل .

ويبدو أن الفقه الحديث يتجه إلى أساس آخر أبدته محكمة النقض الفرنسية^(٢) وهو أن صاحب العمل يستمد تلك السلطة التأديبية من صفته كمهيم على المشروع ومسئول عنه . وقد يترتب على الاعتراف باطلاق على هذا الاتجاه الا يتقيد رب العمل فى سلطته التأديبية بالعقد كما قد يذهب البعض الى

(١) محمد حلمى مراد : المرجع السابق ص ٣٦٤ وحسن كير : قانون العمل الجزء الأول سنة ١٩٦٩ ص ٢٦٦ .

(٢) انظر فى هذا الخصوص حكم محكمة التوض الفرنسية الصادرة سنة ١٩٤٥ فى دعوى شركة بوليه سوسون ضد فيالار .

عدم التزامه بالنصوص التشريعية في هذا الخصوص ، والواقع أن هذا الاتجاه يؤدي الى الإضرار بمصالح العمال والى استبداد أرباب الأعمال وكذلك فإننا نرى أن الأساس لدى الفكر التقليدي هو الأقرب الى منطق العدالة وحسن تطبيق النظام .

وقد كانت السلطة التأديبية وما زالت في مقدمة المسائل التي تسبب الكثير من الاحتكاك الشديد بين العمال وأرباب الأعمال فأرباب الأعمال يرون أن هذه السلطة حق طبيعي لهم يقتضيه حسن ادارة المشروع ولذلك فهم يعترضون على التدخل التشريعي لتنظيم هذه السلطة ويرون انه يخلّ بحقوقهم في ادارة مشروعاتهم .

والعمال يرون في هذه السلطة مظهرا من مظاهر عدم المساواة بين طرفي عقد العمل ويخشون استغلالها للإرهاب والانتقام وكوسيلة لانتقاص الأجر عن طريق الغرامات التأديبية التي يفرضها عليهم أصحاب الأعمال استعمالا لهذه السلطة خاصة وأن أرباب الأعمال يكونون في نفس الوقت الخصم والحكم . وقد يعزز هذا الاعتقاد أن السلطة التأديبية قد استغلت فيما سبق أسوأ استغلال قبل أن يتم تنظيمها تشريعا فلم تكن هناك أية ضمانات قانونية أو قضائية لحماية العمال من التعسف في استعمالها أو اساءة هذا الاستعمال .

○ الجزء التأديبي واجراءات التنظيم الداخلي :

تختلف الجزاءات التأديبية عن اجراءات التنظيم الداخلي التي تهدف الى تنظيم العمل داخل المنشأة وقد يترتب على استعمال رب العمل لحقه في التنظيم الداخلي ضرر لبعض العمال كما لو ترتب على استعمال هذه السلطة نقل العامل الى مكان آخر أو انتهاء عمل العامل لأسباب تتعلق باقتصاديات المنشأة . وعلى هذا فقد يختلط الأمر على البعض نتيجة لأن الاجراء الواحد قد يكون تأديبيا في ظروف معينة وتنظيميا في ظروف أخرى . ولذلك فمن الضروري وضع معيار الفرق بينهما .

ولا شك أن الغاية من الاجراء وشروط اتخاذه يكونان معيارا مثاليا للفرقة بينهما فالجزاء التأديبي مشروط بخطأ العامل وغايته هى عقابه وردع غيره عن الاخلال بنظام العمل فى المنشأة ، أما الاجراء الداخلى فشرطه وغايته هما تحقيق مصلحة المشروع وحسن اداء العمل ، ولا يشترط لاتخاذ أى خطأ من العامل .

○ الجزاء التأديبي والتعويض المدنى :

يختلف كذلك الجزاء التأديبي عن التعويض اختلافا جوهريا فبينما يهدف الجزاء التأديبي الى عقاب العامل عن خطئه وردع غيره عن مفارقة مثل هذا الخطأ ، يقتصر الهدف من التعويض على جبر الضرر الذى نتج عن خطأ العامل .

ومن الجدير بالذكر أن الجزاء التأديبي اذا اتخذ شكل الغرامة فلن يؤول الى رب العمل ولكن تنص المادة (١٢٣) من اللائحة النموذجية للجزاءات والمكافآت على أن حصيلة الغرامات الموقعة على العامل تعرض كل سنة على وزارة العمل لتقرر كيفية التصرف فيها فى توفير الخدمات الاجتماعية والصحية والثقافية لعمال المؤسسة .

وعلى العكس من ذلك يؤول التعويض الذى يلتزم به العامل نتيجة لخطئه الى رب العمل لجبر الضرر الذى حدث نتيجة خطأ العامل . هذا وما يذكر فى هذا الخصوص كذلك أن من الجزاءات التأديبية ما ليس من طبيعة مالية كالتنبيه والإنذار .

○ الجزاء التأديبي والجزاء الجنائى :

يتفق الجزاء التأديبي مع الجزاء الجنائى فى أن كلاً منهما يقوم على فكرة العقاب والردع ولا يشترط لتوقيع أى منهما وقوع ضرر اذ يكفى وقوع الخطأ التأديبي أو الجريمة الجنائية لىتم توقيع العقاب . ولعل هذا هو سبب خضوع الجزاء التأديبي لضمانات العقوبة الجنائية من

حيث شخصيته فهو لا يلحق الا المسئول وحده دون غيره ودون ورثته كما انه لمبدأ الشرعية اذ يجب أن يستند الى نص يقره ويسمح بتوقيعه إعمالاً لمبدأ (لا جريمة ولا عقوبة بغير نص) .

وليس معنى هذا وقوع التآثل التام بين الجريمة التأديبية والجريمة الجنائية فلكل منها مجاله الخاص ونظامه المحدد .

وقد نظم المشرع السعودي السلطة التأديبية بالضمانات الواجبة . وقد ورد بعض هذه الضمانات في نظام العمل والعمال بينما ورد بعضها الآخر في اللائحة النموذجية للجزاءات ، وتدور كل هذه الضمانات حول حماية العامل من احتمالات توقيع جزاء غير نظامي عليه ، أو الاخلال بحقه في الدفاع ، أو اتخاذ السلطة التأديبية ستارا للانتقام من العامل أو الإساءة اليه ، أو التعسف في استعمال هذه السلطة ، وسنعرض فيما يلي لأبرز هذه الضمانات .

أولاً - مبدأ شرعية المخالفات والجزاءات التأديبية :

تنص الفقرة (٣) من المادة (١٢٥) من النظام على أنه (لا يجوز صاحب العمل توقيع جزاء على العامل عن مخالفة غير واردة في لائحة الجزاءات) . وقد وردت المخالفات المعاقب عليها في الجدول الملحق بلائحة الجزاءات النموذجية وهي ثلاثة أنواع :

- ١ - مخالفات تتعلق بمواعيد العمل كتأخر وترك العمل .
 - ٢ - مخالفات تتعلق بتنظيم العمل كالتسكع أو النوم اثناء العمل أو عدم اطاعة الأوامر أو التحريض على مخالفتها .
 - ٣ - مخالفات تتعلق بسلوك العامل كالتشاجر أو التهارض أو الاسراف في استهلاك المواد أو الادعاء كذبا على الرؤساء أو على الزملاء .
- ويجوز حسب طبيعة كل منشأة أن تضاف الى هذه القائمة مخالفات أخرى وتخضع اللائحة في النهاية لاعتماد وزارة العمل وذلك وفقا للمادة (٨) بنص اللائحة . ومن هذا يبين لنا مدى المرونة التي نظر بها المشرع الى السلطة التأديبية في اطار مبدأ شرعية المخالفات والعقوبات .

ثانياً- وجوب اتصال المخالفة بالعمل :

تنص المادة (١٢) من اللائحة النموذجية على انه لا يجوز توقيع جزاء شديد على العامل لأمر ارتكبه خارج مكان العمل الا اذا كان له علاقة مباشرة بالعمل أو بصاحبه أو مديره المسئول وذلك مع عدم الاخلال باحكام المادة (٨٣) من نظام العمل التي تجيز لرب العمل فصل العامل لأسباب قد ترجع الى سوء السلوك أو الاخلال بالأمانة والشرف فقرة (٣) مادة (٨٣) من النظام .

ثالثاً: وجوب التناسب بين المخالفة والعقوبة :

تنص المادة (٧) من اللائحة النموذجية للجزاءات والمكافآت على انه يجب أن تتناسب العقوبة التأديبية مع جسامة المخالفة وتفرق اللائحة المذكورة بين الجزاءات الخفيفة والجزاءات الشديدة وتضع لكل مخالفة واردة في الجدول ما يتناسب مع جسامتها من الجزاءات التي نصت عليها .
والجزاءات الخفيفة هي :

- ١ - التنبيه وهو تذكير شفهي أو كتابي يوجه الى العامل من قبل رئيسه المباشر أو مدير المنشأة ويتضمن بيان المخالفة التي ارتكبتها العامل مع التنبيه عليه بعدم العودة الى ارتكابها مستقبلاً مع ملاحظة التزاماته وواجباته .
- ٢ - الإنذار الكتابي وهو كتاب يوجه الى العامل بمناسبة ارتكابه مخالفة ويلفت نظره في هذا الكتاب صراحة الى المخالفة التي ارتكبتها والى تعرضه لعقوبة أشد اذا تكررت .
- ويمكن للمنشأة أن تضيف اللوم أو التسويخ كجزاءات فهما في الواقع ينطويان على انذار .

- ٣ - حسم نسبة من الأجر في حدود جزء من اليوم ، ويعد حسم أجر يوم كامل من الجزاءات الشديدة ولذا فلا بد لكي يكون الجزاء بالحسم من الجزاءات الخفيفة أن يكون حسم جزء من أجر اليوم .

- وقد نصت المادة (٦) من اللائحة على الجزاءات الشديدة الآتية :
- ١ - حسم جزء من أجر العامل يتراوح بين يوم وخمسة أيام في الشهر ، ولا يجوز وفقا للنظام تجاوز حسم أكثر من أجر خمسة أيام في الشهر الواحد .
- ٢ - الايقاف عن العمل دون أجر وهو منع العامل من ممارسة عمله مدة من الزمن دون أجر أو تعويض . ويتراوح هذا الجزاء بين يوم وخمسة أيام ولا يصح أن يتجاوز الايقاف هذا الحد في الشهر الواحد وفقا لأحكام النظام . ويعتبر الوقف عن العمل أقل شدة من حسم الأجر لأن العامل لا يؤدي عملا مدة الوقف عن العمل ولا يستحق أجرا ، أما جزاء الحسم من الأجر فيقع مع التزام العامل بالعمل .
- ٣ - ابطال الترقية أو تأخيرها وهو الحرمان من أية زيادة في الأجر تقرر للعامل حسب احكام لائحة المكافآت أو حسب احكام اللائحة الداخلية للمؤسسة أو تنفيذا لأي نص أو اتفاق آخر .
- ٤ - الفصل من الخدمة مع المكافأة وهو اعتبار فصل العامل المخالف فصلا بسبب مشروع مع اعطائه المكافأة المستحقة عن مدة خدمته .
- ٥ - الفصل من الخدمة بدون مكافأة وهو فسخ عقد العامل دون مكافأة عندما يرتكب عملا تنطبق عليه احكام المادة (٨٣) من نظام العمل .
- ومن الجدير بالذكر أن تسريح العامل وفقا للمادة (٨٣) لا يعتبر عقوبة أو جزاء تأديبيا في جميع الاحوال فقد يكون فسخا للعقد من الناحية الفنية الدقيقة ، كما قد يكون استعمالا لحق مقرر بمقتضى العقد أو قد يكون نتيجة لإبطال العقد على نحو ما ذكرنا من قبل .
- رابعاً** عدم جواز تعدد العقوبة عن المخالفة الواحدة :
- نصت الفقرة (٣) من المادة (١٢٥) من النظام على انه لا يجوز لصاحب العمل أن يوقع أكثر من عقوبة واحدة عن المخالفة الواحدة ، ويعد هذا تطبيقا لمبدأ من أهم المبادئ المقررة كضمان للمخالف .
- وكذلك تنص المادة (٩) من اللائحة النموذجية على أنه لا يجوز الجمع بين

أى جزاء بالحسم من الأجر وبين اقتطاع جزء من أجر العامل تطبيقاً لأحكام المادة (٨١) من النظام وهى الخاصة بالاعتطاع من الأجر فى حالة تسبب العامل فى فقد أو اتلاف آلات أو مهات صاحب العمل .

والواقع أن المشرع قد قصد بهذا الحكم لاعتبارات اجتماعية وإنسانية تتعلق بحاجة العامل وحاجة أسرته الماسة الى الأجر .

خامساً: تقييد فكرة العود بقاء زمنى :

ورد كذلك فى اللائحة النموذجية أن أية مخالفة يمر عليها ستة شهور تعتبر الأولى من نوعها ويطلق بشأنها تسلسل الجزاءات الواردة فى الجدول .

ومقتضى تطبيق احكام العود تشديد العقوبة عند تكرار المخالفة . ولكن يمتنع التشديد ولا يعد التكرار عودا اذا وقعت المخالفة بعد ماضى ستة اشهر من وقوع المخالفة الاولى . أما اذا وقعت قبل ذلك اعتبر المخالف عائدا واستوجب الأمر تشديد الجزاء .

سادساً: التحديد الزمنى لاستعمال حق التأديب :

نصت المادة (١٢٦) من النظام على انه (لا يجوز اتهام العامل فى مخالفة ماضى على كشفها اكثر من خمسة عشر يوما ولا يجوز توقيع الجزاء عليه بعد تاريخ ثبوت المخالفة بأكثر من ثلاثين يوما . للعمال الذين يتقاضون اجورهم شهريا وبأكثر من خمسة عشر يوما بالنسبة الى العمال الآخرين) .

ومقتضى ذلك أن النظام وضع حدودا زمنية لممارسة الحق فى تأديب العامل حتى لا تكون السلطة التأديبية سيفا مسلطا على رقبة العامل يمارسها رب العمل عند ما يشاء .

سابعاً: وضع حد أقصى للحسم أو الوقف :

لا اعتبارات إنسانية واجتماعية ظاهرة وضع المشرع حدا أقصى للحسم والوقف هو أجر خمسة أيام عن المخالفة الواحدة ولا يصح فى جميع الاحوال أن يتجاوز ما يفقده العامل من أجره فى شهر واحد - على سبيل الحسم أو الوقف - أجر خمسة أيام (مادة ١٢ / ٣ .)

وقد اتبع المشرع السعودي أحدث الاتجاهات العالمية بشأن التصرف في الأموال التي تحصل لغرامات من العمال فلم يرد أن تكون هذه الغرامات مصدراً لإثراء رب العمل ولكنه نص على أن تؤول أموال الغرامات إلى مجموع العمال فيما ينفعهم .

وتنص المادة (١٢٧) من النظام على وجوب قيد الغرامات التي توقع على العامل في سجل خاص مع بيان اسم العامل ومقدار أجره وسبب توقيع الغرامة عليه وتاريخ ذلك .

كما تنص المادة (١٢٤) من اللائحة النموذجية على أن حصيلة الغرامات الموقعة على العامل تعرض كل سنة على الوزارة لتقرر كيفية التصرف فيها في توفير الخدمات الاجتماعية والصحية والثقافية لعمال المؤسسة .

ثامناً : الضمانات الاجرائية :

تعتبر الضمانات الإجرائية من أكثر الضمانات فعالية لحماية حقوق الأشخاص في الدفاع عن أنفسهم عندما يتعرضون لعقاب جنائي أو تأديبي لاتهامهم بارتكاب ما يعاقبون عليه . ولقد تضمن النظام بعض الضمانات الاجرائية للعامل عند ممارسة رب العمل للسلطة التأديبية .

وقد نصت المادة (١٢٦ / ٢) من النظام على انه (لا يوقع الجزاء على العامل الا بعد سماع أقواله وتحقيق دفاعه) كذلك نصت المادة (١٠) من اللائحة النموذجية على انه (لا يجوز توقيع أي من الجزاءات الشديدة على العامل الا بعد ابلاغه كتابة بما نسب اليه والتحقيق معه في ذلك وسماع أقواله ودفاعه وتدوين كل ذلك في محضر يودع في ملفه الخاص .)

ومن كل أولئك يبين أن النظام قد اوجد - حماية للعامل - أن يواجه بما هو منسوب اليه وسماع دفاعه وتحقيق هذا الدفاع بينا يجب في المخالفات الخطيرة التي تستتبع توقيع احد الجزاءات الشديدة على العامل ابلاغه كتابة والتحقيق معه في محضر مكتوب فيه أقواله ويحقق فيه دفاعه .

تاسعا: رقابة القضاء على ممارسة السلطة التأديبية :

لا يعد توقيع العقوبة أو الجزاء على العامل نهائيا بعد صدوره من رب العمل بل يجوز للعامل أن يعترض على توقيع الجزاء عليه أمام لجنة تسوية الخلافات العالية وتوجب المادة (١١٦) من النظام أن تفصل اللجنة في هذا الاعتراض خلال اسبوع من تاريخ تسجيل الاعتراض لديها^(١).

وتتحقق اللجنة من ثبوت المخالفة على العامل ومن صحة وصف الواقعة بأنها مخالفة تأديبية كما تتحقق اللجنة من تنفيذ الضمانات الاجرائية ، فاذا ثبت من تحقيق اللجنة انه لا دليل على ثبوت الواقعة أو أن الفعل لا يعد مخالفة تأديبية أو أن الضمانات الاجرائية لم تحترم ، أو أنه قد سبق توقيع عقوبة أخرى عن ذات الفعل ، فإن اللجنة تقضى بالغاء القرار التأديبي ورفع الجزاء من ملف العامل ورد ما حسم من أجره . ولها ايضا أن تقضى للعامل بالتعويض عما أصابه من ضرر مادي أو أدبي نتيجة لمخالفة احكام النظام وقد أثار حق اللجنة في تقدير العقوبة خلافا في الرأي ، فيذهب رأى الى أن سلطة رب العمل في تقدير الجزاء سلطة تقديرية لا معقب عليها وهو وحده الذى يقدر مدى جسامة المخالفة وخطورتها على سير المشروع . وله أن يقدر الجزاء كما يرى طالما انه في حدود ما قرره النظام ووفقا لما قرره لائحة الجزاءات من احكام .

ولكن يذهب رأى آخر الى تقرير حق القاضى في الرقابة على تناسب العقوبة مع الخطأ ، والواقع أن رأى الثانى هو الأقرب في نظرنا الى منطق العدالة حتى يكون القضاء دائما هو صهام الأمن ضد اتخاذ هذه السلطة ذريعة للاستبداد أو للانتقام من العامل .

(١) انظر كذلك المادة (١١) من اللائحة النموذجية .

الباب الخامس

انتهاء عقد العمل

ينتهى عقد العمل باتفاق الطرفين على الانهاء ، أو بالقوة القاهرة أو باستحالة تنفيذه أو بالفسخ أو بانتهاء مدته اذا كان محدد المدة ، أو بانهاؤه من احد الطرفين اذا كان غير محدد المدة .

والاتفاق على انتهاء العقد قد يكون في وقت لاحق لتوقيع العقد وبعد بدء تنفيذه . فمتى طلب احد الطرفين انتهاء العقد ووافق الطرف الآخر على ذلك فان هذا الاتفاق يكون صحيحاً ومنتجاً لآثاره . وانهاء العقد بالتراضي لا يعنى عدم استحقاق العامل لحقوقه التى يربتها قانون العمل ، الا اذا تضمن الاتفاق على الانهاء احكاماً خاصة بذلك .

هذا مع مراعاة ما نص عليه النظام من عدم جواز الاتفاق على خلاف احكام بعض النصوص التى تضمنت حقوق العمال المقررة نظاماً وضماناتهم . وعقد العمل مثله فى ذلك مثل العقود الأخرى تنهى بأسباب متعددة وفقاً للقواعد العامة اذ ان انقضاء التزام احد الطرفين بسبب استحالة تنفيذه ينقضى معه الالتزامات المقابلة له .

وكأى عقد آخر هناك اسباب غير عادية لانتهاء عقد العمل بالاضافة الى الأسباب العادية لانتهائه ، فالأسباب غير العادية التى ينقضى بها عقد العمل هى القوة القاهرة والفسخ .

أما الأسباب العادية لانتهاء عقد العمل فهى أسباب خاصة بهذا العقد وهى انتهاء المدة فى العقد المحدد المدة . وانهاء العقد غير محدد المدة من جانب أى واحد من الطرفين .

الفصل الأول

أسباب الانقضاء غير العادية

المبحث الأول : القوّة القاهرة

تعد القوة القاهرة من ابرز الأسباب غير العادية لانقضاء عقد العمل ، وقد ترجع القوة القاهرة الى موت العامل أو عجزه الكلى عن أداء العمل أو مرضه الطويل ، كما قد ترجع الى تصفية المنشأة أو الإفلاس أو الإغلاق النهائي المرخص به . ويستحق العامل في هذه الأحوال مكافأة نهاية الخدمة .

اولا : موت العامل :

ينقضى عقد العمل ب وفاة العامل لأن الالتزام بأداء العمل التزام لا يمكن أن ينتقل الى ورثة العامل لأنه التزام شخصي .

أما وفاة صاحب العمل فالأصل أنها لا تنهى العقد لأن الالتزام بدفع الأجر ليس التزاما شخصيا ويمكن أن ينتقل الى الورثة . واستثناء من هذا الأصل ينقضى عقد العمل بموت صاحب العمل اذا كانت شخصيته قد روعيت في ابرام العقد .

وقد نصت المادة (٨٢) من النظام على انه (لا ينقضى عقد العمل ب وفاة صاحب العمل ما لم تكن شخصيته قد روعيت في ابرام العقد ولكنه ينقضى ب وفاة العامل ..

ثانيا : العجز الكلى عن أداء العمل :

نصت كذلك المادة (٨٢) على أن عقد العمل ينقضى اذا أصبح العامل عاجزا كليا عن أداء عمله . ولا يلزم أن يكون العجز مطلقا بل يكفي أن يصبح

العامل عاجزا عن اداء العمل الذى كان يؤديه بمقتضى العقد . ويشيت عجز
العامل بشهادة طبية تصدر من الطبيب المعتمد من صاحب العمل أو من طبيب
تعيينه الجهة المختصة فى الحكومة .

ثالثا : المرض الطويل :

وينقضى عقد العمل كذلك وفقا للمادة (٨٢) بمرض العامل مرضا طويلا
يمنعه من اداء عمله على النحو الواجب .

وقد عرف النظام المرض الطويل الذى ينهى العقد بأنه الذى يستمر مدة لا
تقل عن تسعين يوما متتالية أو يكون مرضا متقطعا ويد جاوز مجموع مدد المرض
مائة وعشرية يوما فى السنة^(١) .

رابعا : التصفية والافلاس والاعلاق المرخص به :

ينتهى عقد العمل كذلك بتصفية المنشأة أو افلاسها أو اغلاق أبوابها نهائيا
بعد الترخيص لها باغلاق وتوقف نشاطها تبعا لذلك فإن عقد العمل ينتهى
بسبب استحالة تقديم العمل الى العامل (م ٨٩) .

وتعد الحالات الواردة فى النص على سبيل التعداد التمثيل والقاعدة أن
تنطبق هذه الأحكام فى كل حالات القوة القاهرة الأخرى .

ولا تنقضى عقود العمل فى حالة حل الشركة أو اعتزال التجارة أو ادماج
المنشأة فى غيرها أو تحيزتها أو انتقالها بالميراث أو الوصية أو الهبة أو البيع أو
التنازل للغير وهذا ما قرره المادة (٨٩) من النظام عندما نصت على أن
(يعتبر عقد العمل سارى المفعول فى جميع الحالات السابقة ما عدا التصفية
والافلاس والاعلاق النهائى المرخص به) .

(١) ورد فى المادة (٨٢) من النظام خطأ ماضى بالنص على أن مدة الانقطاع عن العمل (لا
تزيد فى مجموعتها عن مائة وعشرين يوما) وصحتها (تزيد فى مجموعتها عن مائة وعشرين يوما) .

المبحث الثاني : الفسخ

من المقرر وفقا للقواعد العامة أن لكل من الطرفين في عقد العمل أن يطلب فسخ العقد اذا اخل الطرف الآخر بالتزاماته الجوهرية .
وقد نص النظام على الحالات التي يجوز فيها لرب العمل فسخ العقد (مادة ٨٣) ، كما نص على الحالات التي يجوز فيها للعامل فسخ العقد (مادة ٨٤) .

ونستبق هنا الى القول بأن المشرع قد اطلق على بعض الحالات التي ينتهى بها العقد اصطلاح (الفسخ) مع العلم بأنها ليست من حالات الفسخ وفقا للقواعد العامة .
وسندرس فيما يلى حالات انتهاء العقد وفقا للمادتين (٨٣) و (٨٤) من النظام مع الاشارة في حينه الى تلك الحالات التي لا يصدق عليها وصف الفسخ .

المطلب الأول

حق رب العمل في انتهاء العمل وفقا للمادة (٨٣) من النظام

جعل المشرع لرب العمل حق فسخ عقد العمل في تسع حالات اذ نصت المادة (٨٣) على تسع حالات وردت على سبيل الحصر يكون فيها لصاحب العمل أن يفسخ العقد دون اخطار أو تعويض أو مكافأة .
والواقع أن تسريح العامل لا يعتبر فسخا في كل الحالات التي وردت في النص المذكور ، بل إن هناك حالتين لا تعدان استعمالا لحق الفسخ بل تعتبر احداها ابطالا للعقد ، وتعد الثانية استعمالا لحق رب العمل في تسريح العامل وفقا لشروط العقد ولطبيعته .

أولاً : حق رب العمل في ابطال العقد للتدليس :

نصت المادة (٨٣) بند (٥) من النظام على حق رب العمل في فسخ عقد العمل اذا ثبت أن العامل لجأ الى التدليس ليحصل على العمل ، كما اذا قدم شهادات أو توصيات مزورة .

والواقع أن الأمر هنا ليس من قبيل الفسخ لأنه لا يتضمن إخلالاً من العامل بالتزاماته العقدية وانما هو في حقيقته تمسك ببطلان العقد للتدليس وفقاً للقواعد العامة .

ثانياً : حق رب العمل في تسريح العامل تحت الاختبار :

نصت المادة (٨٣) بند (٦) على حق رب العمل في فسخ عقد العمل اذا كان العامل معيناً تحت الاختبار ، والواقع أن تسريح العامل هنا لا يعد فسخاً للعقد ولكنه استعمال الخيار الثابت لصاحب العمل في حالة العقد تحت الاختبار طالما كان العامل في فترة الاختبار وفقاً لشروط العقد .

ثالثاً : حق رب العمل في فسخ العقد لاخلال العامل بالتزاماته الجوهرية أو عصيانه للأوامر المشروعة :

اجازت المادة (٨٣) بند (٢) لرب العمل فسخ العقد اذا لم يقم العامل بتأدية التزاماته الجوهرية المترتبة على عقد العمل ، او لم يطع الأوامر المشروعة الصادرة اليه من رب العمل أو من رؤسائه .

ويسوغ النظام لرب العمل تسريح العامل وفصله من العمل في هذه الحالة على اساس الفسخ لارتكاب العامل خطأ مهنياً جسيماً . ومن التطبيقات القضائية لهذا النص فصل سائق السيارة الذي قام بتسييرها دون زيت كامل للمحرك حتى احترق محركها ، وفصل العامل الذي يتقاضى عمولة على المبيعات التي يكلفه رب العمل بيعها للعملاء . وفصل الحارس الذي ثبت نومه اثناء السرقه . ولا يعد اخلال العامل بالتزام غير جوهري مبرراً للفصل على أساس الخطأ المهني الجسيم ، فالأخطاء العادية تبرر توقيع جزاءات أخرى على العامل ، ولكنها لا تبرر الفسخ وفصل العامل وعلى ذلك فارتكاب السائق

مخالفة ادت الى حادث تصادم بسيط او نقص مبيعات احد العمال البائعين في متجر نقصا طفيفا عن باقى زملائه لا يبرر فسخ العقد او فصلاً من العمل بوجه عام .

رابعاً : حق رب العمل في فسخ العقد لتعمد العامل الحاق خسارة مادية به :
يحيى النظام لرب العمل فسخ العقد وتسريح العامل وفصله دون مكافأة أو تعويض اذا وقع من العامل عمداً أى فعل أو تقصير يقصد به الحاق خسارة مادية بصاحب العمل على شرط ان يبلغ صاحب العمل الجهات المختصة خلال (٢٤) ساعة من وقت عمله بوقوعه مادة (٨٣) بند (٤) .

ويواجه النص سالف الذكر الحالة التى يتعمد فيها العامل بفعل أو امتناع يقع من جانبه الحاق خسارة مادية بصاحب العمل .

والواقع أن ترخيص المشرع لرب العمل بالفسخ في هذه الحالة له ما يبرره خاصة وأن الفسخ جائز في حالة الفسخ لحظاً غير عمدى .

وقد اشترط النظام في هذه الحالة حتى يمكن لرب العمل استعمال حق الفسخ اخطار السلطة المختصة خلال اربع وعشرين ساعة من وقت عمله بالواقعة والا سقط حقه في استعمال حق الفسخ . ولم يشترط النظام أن يكون فعل العامل جريمة تستوجب عقاباً جنائياً .

خامساً : حق رب العمل في فسخ العقد لافشاء العامل الأسرار الصناعية والتجارية الخاصة بالعمل . :

يجوز لرب العمل فسخ العقد كذلك اذا ثبت أن العامل افشى الأسرار الصناعية أو التجارية الخاصة بالعمل الذى يعمل فيه (مادة (٨٣) بند (٩))
ويعتبر اصل سعر الشراء من الأسرار التجارية فلا يجوز للعامل في محل تجارى أن يفشى للعميل حقيقة السعر الذى اشترى به رب العمل البضاعة ولا أن يخبره بأن عميلاً آخر اشترى بسعر ادنى من السعر المعروض عليه لأن هذا من شأنه ان يسبى الى المنشأة ويؤثر على الثقة في المحل .

سادسا : حق رب العمل في فسخ العقد لتعمد العامل مخالفة تعليمات السلامة :

يجوز كذلك لرب العمل فسخ العقد اذا لم يراع العامل عمدا التعليمات المعلن عنها في مكان ظاهر والخاصة بسلامة العمل والعمال رغم انذاره كتابة (مادة ٨٣) بند (٢) .

وعلى هذا يجوز فصل العامل الذي يدخن في مصنع أو منجم تنبعث فيه الغازات سريعة الاشتعال رغم التعليمات المعلنة له ، وكذلك العامل الذي يرفض ارتداء الخوذة وملابس الوقاية اللازمة لعمله وفقا للتعليمات المعلنة .

سابعا : حق رب العمل في فسخ العقد لتغيب العامل دون سبب مشروع :
اجاز النظام ايضا لرب العمل فسخ العقد اذا تغيب العامل دون سبب مشروع اكثر من عشرين يوما خلال السنة الواحدة او اكثر من عشرة أيام متوالية على أن يسبق الفصل انذار كتابي من صاحب العمل للعامل بعد غيابه عشرة ايام في الحالة الأولى وانقطاعه خمسة أيام في الحالة الثانية (مادة ٨٣ بند ٧) .

ولا شك أن انقطاع العامل عن العمل دون عذر فيه اخلال بالتزامه الجوهري وهو أداء العمل .

وقد حدد المشرع هذا الأمر تحديدا رقميا قاطعا لا اجتهاد فيه .
ورعاية للعامل نص النظام على انه يجب على صاحب العمل ان ينذر العامل كتابيا عند منتصف المدة التي يجوز بعدها الفسخ .

ثامنا : حق رب العمل في فسخ العقد لارتكاب العامل سلوكا سيئا :
يجوز لرب العمل ايضا فسخ العقد اذا ثبت اتباع العامل سلوكا سيئا او ارتكابه عملا مخلا بالشرف أو الأمانة (مادة ٨٣ بند ٣) .

ويواجه هذا النص حالة الاخطاء الخلقية التي يرتكبها العامل وتيجز فسخ العقد من جانب رب العمل على اساس أن العامل الذي يرتكب هذه الأخطاء يفقد اعتباره الخلقي ويصبح غير جدير بثقة رب العمل ، فالعامل الذي يرتكب

عملا مخلا بالآداب في مكان العمل أو يتواجد اثناء ساعات العمل في حالة سكر أو يغازل احدى عميلات المحل التجارى او يحكم عليه نهائيا لجرمة مخلة بالشرف أو الأمانة كالسرقة والنصب أو خيانة الأمانة أو التزوير أو هتك العرض يعتبر مرتكباً سلوكاً سيئاً مخلاً بالشرف والأمانة على نحو يبرر فسخ العقد .

تاسعا : حق رب العمل فسخ العقد لاعتداء العامل عليه :

ويميز النظام اخيرا لرب العمل فسخ العقد اذا وقع من العامل اعتداء على صاحب المحل أو أحد رؤسائه اثناء العمل أو بسببه (مادة ٨٣ بند ١) .

ويجب لفصل العامل طبقا لهذا النص أن يتوافر شرطان :

١ - أن يقع اعتداء من العامل على صاحب العمل أو أحد رؤسائه :

يقصد بالاعتداء هنا الاعتداء بالمعنى الواسع سواء باللفظ أو بالإشارة أو بالفعل . ولم يشترط النظام أن يكون الاعتداء جريمة جنائية ولذلك يكون لرب العمل حق فسخ العقد اذا وقع العدوان عليه أو على احد رؤساء العامل ولو لم يكن العدوان جريمة جنائية .

ومن الجدير بالذكر أن المعاملة الخشنة التي لا تعد عدوانا لا تجيز فسخ العقد .

والواقع أن النظام لم يحدد معيارا للاعتداء ولكنه أمر متروك للقضاء في صور مختلفة الظروف المحيطة بالعمل وظروف العلاقة بينهما ، على انه اذا كان الاعتداء متبادلا فانه لا يبرر فصل العامل الا اذا كان العامل هو الذى بدأ بالاعتداء . أما اذا كان رب العمل أو أحد رؤساء العامل هو الذى بدأ بالعدوان فان دفاع العامل عن نفسه أو رده العدوان بالمثل لا يبرر الفسخ .

٢ - أن يكون الاعتداء أثناء العمل أو بسببه :

وعلى هذا فاذا وقع اعتداء من العامل لا صلة له بالعمل ولو كان ذلك في مكان العمل فلا يبرر لفصل العامل .

المطلب الثاني

حق العامل في انتهاء العقد

وفقا للمادة (٨٤) من النظام

نص النظام في المادة (٨٤) منه على الحالات التي يجوز فيها للعامل فسخ العقد مع احتفاظه بحقه في المكافأة والتعويض ان كان له محل ، فقد اجاز النظام في المادة سالفة الذكر للعامل أن يترك العمل قبل نهاية العقد ودون سبق اعلان في ست حالات محددة على سبيل الحصر .

وقد أجاز النظام للعامل فسخ العقد في الحالات المذكورة سواء أكان العقد محدد المدة او غير محدد المدة ، ولا يصدق وصف الفسخ على كل هذه الحالات على نحو ما سنرى فيما بعد . وسنعرض فيما يلي الحالات التي عرض لها النظام في المادة (٨٤) منه .

اولا : حق العامل في ابطر العقد للتدليس :

أجاز النظام لعامل فسخ العقد اذا كان صاحب العمل أو من يمثله قد ادخل الغش على العامل فيما يتعلق بشروط العمل (مادة ٨٤ بند ٥) . وقد اطلق النظام على هذه الحالة اصطلاح الفسخ والواقع أن هذا يعد استملا لحق العامل في ابطال العقد للتدليس وفقا للقواعد العامة .

ثانيا : حق العامل في فسخ العقد لعدم تنفيذ رب العمل لأى من التزاماته التي تجب عليه نظاما :

يجوز للعامل فسخ العقد اذا لم يقم صاحب العمل بالتزاماته ازاء العامل (مادة ٨٤ بند ١) وهكذا يجوز للعامل أن يفسخ العقد اذا لم ينفذ رب العمل اى التزام من الالتزامات التي يلقيها عليه النظام . ولم يقيد النظام هذا الحق بضرورة أن يكون الاخلال جسيما بالتزامات رب العمل فيكفى أى اخلال

بالتزامات رب العمل حتى يكون للعامل حق الفسخ وذلك التقيد بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود .

وقد لاحظنا أن حق رب العمل في حالة الفسخ يتجه لاخلال العامل بالتزاماته يشترط فيه أن يخل العامل اخلالا جسيما بالتزاماته الجوهرية .
ثالثا : حق العامل في الفسخ اذا كان هناك خطر جسيم يهدد سلامة العامل أو صحته :

ويشترط لكي يكون للعامل هذا الحق أن يكون صاحب العمل قد علم بوجود ذلك الخطر ولم يعمل على ازالته (مادة ٨٤ بند ٤) ومن أمثلة ذلك أن يصبح مبنى المصنع أو المحل آيلا للسقوط أو يقصر رب العمل في صيانة الآلات حتى تصبح مصدر خطر على العمال أو أن تتلف أجهزة التهوية في أحد المناجم ولا يوفر رب العمل أساليب أو وسائل وقاية العمال من أخطار العمل مما يعرضهم لخطر جسيم .

رابعا : حق العامل في فسخ العقد اذا وقع من صاحب العمل أو من ينوب عنه فعل أو اعتداء مغل بالآداب نحو العامل أو أحد أفراد أسرته :
ولم يشترط النظام أن يكون هذا الفعل مكونا لجريمة جنائية كما أنه لا يلزم أن يقع الفعل في مقر العمل أو بمناسبته (مادة ٨٤ بند ٣) .

ومن الملاحظ أن المشرع لم يحدد معايير معينة لكي يكون الفعل الذي اتاه رب العمل أو الاعتداء المخل بالآداب على مستوى معين من الجسامة ، وعلى ذلك يكفي في نظرنا أن يكون الفعل مخلا بالحياة .

خامسا : حق العامل في فسخ العقد اذا كلف صاحب العمل العامل بعمل يختلف اختلافا جوهريا عن طبيعة العمل الذي ارتبط به بموجب العقد :

يكون للعامل في الحالة السابقة حق الفسخ كما يثبت له هذا الحق اذا قام رب العمل بنقل العامل من مكانه الاصل الى مكان آخر يقتضى تغيير اقامته ومن شأنه الحاق ضرر جسيم بالعامل ولم يكن له سبب مشروع تفرضه طبيعة العمل (مادة ٨٤ بند ٢) .

سادسا : حق العامل في فسخ العقد اذا كان صاحب العمل قد دفع العامل بتصرفاته وعلى الأخص بمعاملته الجائرة او بمخالفته شروط العقد الى أن يكون العامل في الظاهر هو الذي أنهى العقد :

اذا عمد رب العمل الى الاضرار بالعامل مستترا وراء مصلحة العمل كأن يأمر العامل بالعمل تحت إمرة مرؤوس له أو أن يوجه اليه اللوم أمام مرؤوسيه قاصدا اهانة العامل أو ارغامه على ترك العمل وحتى يكون العامل في الظاهر هو الذي أنهى العقد وليس صاحب العمل فانه يحق للعامل فسخ العقد (مادة ٨٤ بند ٦) .

استحقاق العامل للتعويض والمكافأة في الحالات السابقة :-

نصت المادة (٨٤) من النظام على أنه اذا فسخ العامل العقد لأحد الأسباب السابقة فانه لا يفقد حقه في التعويض قبل صاحب العمل ويشمل هذا التعويض الأضرار الناشئة من تصرف صاحب العمل . وكذلك يستحق العامل التعويض عن مدة الاخطار والتعويض عن فقد العمل .

وكذلك لا يفقد العامل حقه في مكافأة نهاية الخدمة بينما يفقد هذا الحق اذا كان هو المخطيء وفسخ العقد وفقا لاحكام المادة (٨٣) . وعلى ذلك يعتبر انتهاء العقد من العامل وفقا للمادة (٨٤) من النظام كما لو كان صادرا من قبل صاحب العمل . ويكون إنهاء لا يستند الى مبرر ومن ثم يلزمه التعويض ويستحق العامل مكافأة نهاية الخدمة .

الفصل الثاني

الأسباب العادية لانتهاء عقد العمل

ينتهي عقد العمل نهاية عادية بانقضاء مدته اذا كان محدد المدة وبانهاؤه من جانب احد الطرفين اذا كان غير محدد المدة .

المبحث الأول : انتهاء عقد العمل المحدد المدة

يمكن تعريف عقد العمل المحدد المدة بأنه العقد الذى تحدد نهايته بأمر مستقبل محقق الوقوع . ولا يتوقف تحققه على إرادة احد الطرفين^(١) وقد يكون العقد المحدد المدة منظويا على تحديد مدة معينة لانتهائه أو متضمنا إبرام العقد لأداء عمل معين . وفيما يلى صورتا العقد محدد المدة :

أولا : العقد لمدة معينة :

قد تحدد مدة العقد بتاريخ معين أو بنهاية مدة معينة كشهر أو سنة أو بنهاية موسم معين كموسم الصيف أو الشتاء أو الحج أو الصيد أو غير ذلك . ولا يخلو تحديد العقد بالموسم من صعوبات . والراجح أن العقد فى هذه الحالة يعتبر محدد المدة اذا كانت مدة الموسم محددة تحديدا دقيقا فى نظر الطرفين . أما اذا كانت غير محددة بدقة فإن العقد يعتبر عقدا غير محدد المدة ويسرى هذا الحكم من باب اولى اذا كان تحديد نهاية الموسم من حق احد الطرفين وهو غالبا رب العمل .

(١) انظر فى هذا الخصوص Durand : Traite de droit du Travail 1950 . P. 311
وانظر كذلك محمود جمال الدين زكى : الوجيز فى قانون العمل سنة ١٩٦٢ ص ١٦٥ .

والواقع أن تحديد ما اذا كان العقد محدد المدة أو غير محدد المدة لا يكون دائما أمرا سهلا يمكن القطع فيه دون بحث ، فمن العقود ما يثير الخلاف شأنه وصفه وما اذا كان عقدا محدد المدة أو غير محدد المدة .

ولا شك انه لا يكفي لتكييف عقد العمل أن يرجع الى الوصف الذي اطلقه عليه الطرفان المتعاقدان لأن العبرة في العقود بحقيقة ما انطوت عليه لا بما وصفها به المتعاقدان وعلى ذلك يكون للقضاء أن يبحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ ليخلع على العقد وصفه الحقيقي .

ومن الفروض التي أثارَت الخلاف الفرض الخاص بتحديد مدة معينة ينتهي فيها العقد مع منح كل من الطرفين حق الانهاء قبل حلول الموعد المذكور . وقد انتهت اللجنة العليا في الرياض الى أنه اذا كانت المدة محددة مع حق الطرفين في انائها في أى وقت أو لأى سبب بانذار أو بغير انذار فان العقد يكون في هذه الحالة غير محدد المدة ، وهذا هو ما قضت به كذلك محكمة النقض المصرية^(١) .

ثانيا : العقد لعمل معين :

يكون العقد محدد المدة اذا أبرم لتنفيذ عمل معين كإنشاء طريق أو التدريس خلال فصل دراسي أو ما شابه ذلك ، ويكون المفروض أن ينتهي عقد العمل بمجرد اتمام هذا العمل^(٢) هذا ومن الجدير بالذكر أنه لا أثر لطريقة تعيين الأجر على تكييف العقد بأنه محدد المدة أو غير محدد المدة .

فاذا كان الأجر محددًا بالقطعة مثلا ، فان العقد لا يعتبر عقدا محدد المدة الا اذا كان قد اتفق فيه على عدد القطع التي يجب انتاجها . اما اذا لم يتفق على عدد القطع فيعتبر العقد غير محدد المدة . والفصل دائما في تكييف العقد هو نية المتعاقدين على نحو ما ذكرنا .

(١) انظر في هذا الخصوص قرار اللجنة العليا في الرياض رقم ١٤٨ وتاريخ ١٠/١/١٣٨٥ هـ .

وانظر كذلك في هاذ الخصوص حكم محكمة النقض المصرية في ١٩٥٦/٤/٥ م .

(٢) انظر قرار اللجنة العليا في الرياض رقم ١٧٣ وتاريخ ١١/١/١٣٨٥ هـ .

تحدد الحد الأقصى لعقد العمل

لم ينص نظام العمل السعودي على حد أقصى لمدة العقد . والواقع أن الفقه الاسلامي يميل الى وجوب تحديد مدة معينة لعقد العمل حتى لا ينتهي الأمر الى تأييد العقد أو جعله نافذا مدى الحياة ، فيتحول العامل الى رقيق لصاحب العمل . ويعد ذلك مخالفا للنظام العام في المملكة نتيجة لالغاء الرق . وعلى ذلك فمن رأينا أنه اذا إستبانت للجنة ان عقدا ما قد أبرم لمدة طويلة وأن شروط العقد تقطع بنية المتعاقدين الى ابرامه لمدة حياة العامل أو لمدة تقطع بمخالفة ما كفله المشرع من حرية العمل فانه يجب عليها اعتباره عقدا غير محدد المدة ومن ثم يجوز للعامل انهاءه في أى وقت بعد اتباع اجراءات الاختيار وفقا للنظام .

وتتجه التشريعات الحديثة أن تضمن انظمتها نصوصا تضع حدودا قصوى لمدة عقد العمل ، وقد انطوت تشريعات بعض البلاد العربية على نصوص تحمل هذا المعنى ومن ذلك نص المادة (٦٧٨ / ٢) من القانون المدني المصري التي تجيز للعامل انهاء عقد العمل المبرم لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات بعد انقضاء خمس سنوات على أن ينذر العامل رب العمل قبل الانهاء بستة اشهر^(١) كما نصت المادة (٦٤٤) من القانون المدني السوري على أن (عقد العمل لمدة حياة العامل أو رب العمل أو لأكثر من خمس سنوات باطل حكما) ، وقد وضعت المادة (١٣) من قانون العمل الكويتي والمادة (١٧ - أ) من قانون العمل البحريني حدا أقصى لمدة عقد العمل هي خمس سنوات .

(١) يتفق حكم هذه المادة مع احكام القانون الالماني والقانون البولوني واحكام المشروع الفرنسي الايطالي وتقرر كلها حق الانهاء للعامل وحده أما القانون السويسري فيسوى بين العامل ورب العمل في هذا الحق ، وينتقد بعض الكتاب في مصر احكام القانون المصري في هذا الخصوص انظر محمود جمال الدين زكي المرجع السابق ص ١٧١ .

أحكام انتهاء العقد المحدد المدة :

ينتهى عقد العمل بانتهاء مدته أو بانتهاء العمل الذى أبرم من اجله وذلك دون حاجة الى اتخاذ اى اجراء من أى من الطرفين . ولكن اذا استمر الطرفان فى تنفيذ العقد بعد انتهاء المدة أو العمل ، فان العقد يستمر بينهما ويعتبر بمحدد المدة غير محددة (المادة ١١ والمادة ، ٧٢) ^(١) اى أن العقد يتحول الى عقد غير محدد المدة . ويثير هذا النص فى التطبيق صعوبات كثيرة :

فقد يحدث أن يحتفظ رب العمل بالعامل بعد انتهاء المدة حتى يجد عملا آخر أو حتى يستعين به رب العمل فى أمر مؤقت فيثور النزاع بشأن تجديد العقد لمدة غير محددة ولذلك فانه يجب فى هذه الحالات أن يحمرر عقد جديد ينص على المدة الجديدة التى يتفق عليها الطرفان ، وتطبيقا لذلك قضت اللجنة العليا فى الرياض بأن تجديد العقد المحدد المدة ضمنا بالاستمرار فى تنفيذه دون انقطاع يجعله عقدا غير محدد المدة .

ويثور الخلاف بشأن تكييف العقد المحدد المدة الذى يجرى تجديده لمدد اخرى بمقتضى نص صريح فى العقد الأصيل أو بمقتضى اتفاق جديد لاحق . وقد ذهب بعض الفقهاء فى العالم العربى واتبعهم بعض احكام القضاء الى ان العقد المحدد المدة ينقلب الى عقد غير محدد المدة اذا قام الطرفان بتجديده ، سواء بالاتفاق الصريح أو الضمنى ، مستندين فى ذلك الى ما جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى من ان المشرع قد فضل الأخذ ، عن التقنين الألمانى البولونى ، بقاعدة تحول العقد المحدد المدة ، بعد انتهاء مدته ، الى عقد غير محدد المدة بدلا من تجديده الى مدد اخرى محددة لأن التجربة اثبتت فى فرنسا أن الأخذ بالحل الأخير قد يسهل الخروج على القواعد الخاصة بعدم جواز الطرد فى وقت غير لائق ، وذلك عن طريق الاتفاق

(١) يطابق هذا الحكم حكم المادة (٦٧٩) من القانون المدنى المصرى المادة (٦٤٥) من القانون المدنى السورى .

على تجديد العقد بيوم واحد حتى يتجدد بعد ذلك من يوم الى آخر (فيمكن انهاؤه في أى يوم بدون أية مسئولية)^(١) .

وعلى هذا ذهب أصحاب هذا الرأى الى أن قاعدة تجديد العقد المحدد المدة الى عقد غير محدد المدة تستهدف حماية العامل ومنع التحايل على احكام القانون ، فهى - فى نظرهم - قاعدة آمرة تتعلق بالنظام العام ويجب تطبيقها ولو صرح الطرفان فى العقد بأن تجديده لمدة معينة^(٢) .

وذهب فريق ثان من الكتاب وتابعتهم بعض احكام القضاء الى أن القاعدة التى تقضى بتجديد العقد المحدد المدة الى عقد غير محدد المدة ليست سوى قاعدة مقررة ومكاملة لارادة المتعاقدين ومن ثم يجوز الاتفاق على عكسها وأنها لا تطبق الا فى حالة التجديد الضمنى أى فى حالة الاستمرار فى تنفيذ العقد ، ولا تطبق فى حالة الاتفاق أو الشرط الصريح الذى يتعين على الطرفين احترامه وتنفيذه بكل حسن نية ، لأن العقد شريعة المتعاقدين^(٣) .

وقد ساد هذا الرأى الأخير فى المملكة العربية السعودية اذ ثبتته اللجنة العليا فى الرياض فى حكم من اهم احكامها اذ قضت بأنه : (اذا نص فى العقد على شرط التجديد لمدة معينة ، سواء حدد عدد مرات التجديد أم لم يحدد عددها ، فان العقد يبقى محدد المدة ، سواء فى مدته الأصلية أو فى كل مدة من المدد التى

١ (١) مجموعة الأعمال التحضيرية ، الجزء الخامس ص ١٢٢

(٢) الدكتور / محمود جمال الدين زكى : عقد العمل فى القانون المصرى ١٩٥٦ ص ١٦٧ والوجيز فى قانون العمل ١٩٦٢ ص ١٩٣ : وانظر كذلك حكم محكمة القاهرة الابتدائية ١٩٥٤/٥/٢٩ م الذى قضى بأنه « فى كل مرة يكون هنالك عقد معين المدة ينص فيه على تكرار تجديده تباعا مددا متساوية يكون هذا العقد عند انتهاء المدة الأولى وحصول التجديد عقدا غير معين المدة ، إذا استمر الطرفان فى تنفيذه »

(٣) انظر الدكتور / إسحاق غانم : قانون العمل سنة ١٩٦١ ص ٤٤٢ . وانظر كذلك فتحي عبد الصبور الوسيط فى عقد العمل الفردى سنة ١٩٦١ م ص ١١٩ وكذلك أكثم الخولى دروس فى قانون العمل سنة ١٩٥٧ ص ١٢٩ .

تجدد فيها ، فلا يصح إنهاؤه بالارادة المنفردة في خلال المدة الجارية^(١) كما قضت ايضا : (ان العقد يكون محدود المدة في حال تجديده بالاتفاق الذى يرد على فترة زمنية ينص عليها التعاقد) .^(٢)

وعلى هذا فان التفسير السليم لحكم المادة (١١) من النظام والمادة (٧٢) منه أنه ما لم يكن هناك اتفاق صريح على تجديد العقد لمدة محددة أخرى فإن حكم المادتين سالفتى الذكر يعتبر العقد مجددا لمدة غير محددة .

المبحث الثاني : إنهاء عقد العمل غير محدد المدة

مبدأ جواز الانهاء بارادة أى من الطرفين :

من المحقق أن كون عقد العمل غير محدد المدة ، لا يعنى أنه غير قابل للانهاء والا لأصبح مؤبدا مما يخالف مبادئ حرية العمل التى يكلفها النظام العام . العقود غير محددة المدة تنتهى بالارادة المنفردة لأى من الطرفين ، وعلى ذلك فاذا كان العقد غير محدد المدة فانه يجوز لكل من صاحب العمل والعمال أن ينهيه فى أى وقت . ولولا هذا الحكم لتحولت رابطة العمل الى وضع يشبه الرق .

وحق الانهاء يحفظ على العامل كرامته ويمكنه من الالتحاق بعمل آخر بشروط افضل .

أما من ناحية رب العمل فتظهر فائدة الانهاء فى تحقيق مصلحة المشروع وضمان المرونة اللازمة فى عنصر العمل واستبدال عمال أكفاء بالعمال غير الأكفاء .

ويتخذ حق انهاء العقد تسميات مختلفة فى العمل . فالانهاء من جانب رب العمل يسمى بالطرد أو التسريح أو الفصل أو الوقف ، أما الانهاء من جانب

(١) قرار اللجنة العليا رقم ١٧٩ الصادر فى ١١/٣٠/١٣٨٥ هـ .

(٢) قرار اللجنة العليا رقم ٨١ الصادر فى ١/٢١/١٣٧٤ هـ .

العامل فيسمى بالاستقالة . ونظام العمل نفسه يستعمل اصطلاح الفسخ في المادة (٧٣) الخاصة بالانهاء .

ولكن حقيقة الوضع القانوني في العقود غير محددة المدة هي اننا نكون أمام انتهاء للعقد من جانب أحد طرفيه الذي يعبر عنه في الاصطلاح القانوني الدقيق بالغاء العقد اذ ان هذا الاصطلاح هو الأفضل في نظرنا في العقود الزمنية .
شروط الانهاء النظامي :

وحتى يكون انتهاء العقد صحيحاً نظاماً لا يستتبع مسئولية من يلجأ اليه من الطرفين يجب أن يتوافر فيه شرطان :
اولهما شرط شكلي : هو الاخطار السابق .
وثانيهما شرط موضوعي : وهو أن يكون الانهاء لسبب مشروع . وفيما يلي بيان ذلك :

المطلب الأول

الشرط الشكلي (الاخطار السابق)

إذا اراد احد الطرفين انتهاء العقد غير محدد المدة فعليه أن يخطر الطرف الآخر كتابة بذلك يتمكن الطرف الآخر من علاج الامر نتيجة لانتهاء العقد فيبحث العامل عن عمل آخر أو يبحث صاحب العمل عن عامل جديد .
والاخطار تصرف قانوني من جانب واحد يقصد به افصاح الرغبة عن انتهاء عقد العمل غير محدد المدة . وما دام الاخطار تصرفاً قانونياً ، فيجب أن يصدر من الطرف صاحب الشأن أو من ممثله القانوني وأن يكون من قام بالاخطار له اهلية اصداره .

والاخطار يجب أن يكون كاشفاً عن الرغبة في انتهاء العقد بطريقة قاطعة لا تحتاج الى تفسير أو تأويل ، فلا يكفي اعلان صاحب العمل بأنه يعتزم الاستغناء عن عدد من العمال العاملين لديه ولا يكفي مجرد اقتراح صاحب العمل تعديل بعض شروط العقد بينهم انه يعنى الرغبة في انتهاء العقد في حالة عدم موافقة

العامل على التعديل .

وحتى يقطع المشرع أى مجال للشك اشترط فى الاخطار أن يكون مكتوبا .
وقد ثار الجدل فيما اذا كانت الكتابة شرطا شكليا لصحة الاخطار أم أنها مطلوبة
لمجرد الاثبات .

ونرجح القول بأن الكتابة مطلوبة للاثبات وعلى ذلك فان الاقرار يكفى
لاثبات قيام الاخطار ولو لم يكن مكتوبا .^(١) كما نرى انه يقبل اثبات الاقرار
باليمين .

ومدة الاخطار هي ثلاثون يوما لعمال المشاهدة وخمسة عشر يوما للآخرين
المادة (٧٣) ، ويكاد يجمع الفقه والقضاء على ان مدة الاخطار مدة محددة
أوقاطعة لا تقبل الوقف أو الانقطاع لأى سبب من الأسباب ولو كان هذا
السبب هو القوة القاهرة .

وتعد قواعد الاخطار من النظام العام ، ومن ثم لا يجوز اصلا الاتفاق على
خلانها ولا يصح أن يتفق الطرفان فى عقد العمل على امكان انهاءه دون ذلك
الاخطار ويكون مثل هذا الشرط باطلا ويصح العقد فيما عدا ذلك .
ولكن اذا اتفق الطرفان على مخالفة احكام الاخطار بما يتضمن مصلحة
اضافية للعامل كان مثل هذا الاتفاق صحيحا وذلك كأن يتفق الطرفان على أن
يتم الاخطار قبل الانهاء بمدة اطول كشهريين مثلا .

ويبدأ حساب مدة الاخطار من وقت علم الطرف الآخر به . وهذا تطبيق
للقواعد العامة . فالأخطار قانونى ، والقاعدة العامة أن التصرف القانونى لا
ينتج اثره الا من وقت وصوله الى علم الطرف الآخر .

ويعتبر وصول خطاب الاخطار قرينة على العلم بما جاء به .
ولا ينتهى العقد الا بانتهاء مدة الاخطار فى العقود غير المحددة المدة
فالعقد يبقى قائما صحيحا طوال مدة المهلة المذكورة . وينتج عن ذلك أن هذه
المدة تدخل فى تقدير مكافأة نهاية الخدمة .

(١) انظر أكنم الحولى المرجع السابق ص ٣٩٥

وقد يرى صاحب العمل عدم تكليف العامل بالحضور خلال المهلة المذكورة على أن يعطيه أجره المعتاد . بل قد يفضل صاحب العمل ذلك في بعض الأحيان .

فإذا لم يراع المتعاقد قواعد الاخطار أو لم يقم بالاخطار في الموعد المحدد ، فانه يكون قد اساء الى الطرف الآخر ويلزم بتعويضه عن الضرر الذى أصابه . والأصل في التعويض انه يقابل الضرر الفعلى الذى أصاب الطرف الآخر .

ويتخذ الأجر الأخير للعامل أساسا لتقدير التعويض .
وإذا كان أجره بالقطعة فيكون التقدير على اساس متوسط ما حصل عليه العامل عن ايام العمل الفعلية في الاشهر الثلاثة الأخيرة (المادة ٧٣) .
ويتحدد التعويض على هذا النحو حتى اذا كان العامل هو الذى ينهى العقد . ولكن يستثنى الحالات الآتية من شروط الاخطار :

١ - حالات انتهاء العقد لأحد الأسباب غير العادية الناشئة عن قوة قاهرة أو سبب أجنبى لا يد للطرفين في وقوعهما والمبينة في المادتين ٨٢ ، ٨٩ من نظام العمل .

٢ - حالات فسخ العقد بسبب ارتكاب احد الطرفين ذنبا من الذنوب الخطيرة المنصوص عليها في المادة (٨٣) من نظام العمل بالنسبة الى العامل أو المادة (٨٤) منه بالنسبة الى صاحب العمل .

٣ - حالات فسخ العقد الواردة في الفقرة الأخيرة من المادة (٨٧) من نظام العمل ، وهى حالة تكليف العامل بالخدمة العسكرية ، وحالة إستقالة العاملة بسبب الزواج أو انجاب الأولاد ، وحالة ترك العامل الخدمة نتيجة قوة قاهرة خارجة عن ارادته .

٤ - حالة فسخ عقد العامل تحت الاختبار ، لأن عقد الاختبار عقد مؤقت معلق على شرط فاسخ وليس عقدا نهائيا ، فلا يشترط فيه الاخطار المسبق وفقا للبند السادس من المادة (٨٣) من نظام العمل .

٥ - حالة انتهاء عقد العمل المحدد المدة ، لأنه ينتهى بانقضاء مدته أو انجاز العمل المتفق عليه .

المطلب الثاني

الشرط الموضوعي (مشروعية الانهاء)

مبدأ عدم جواز التعسف في انهاء العقد :

يجب على كل من طرفي عقد العمل اذا كان غير محدد المدة الا يتعسف في استعمال حق الانهاء ، ولم ينص النظام الا على صورتين في المادة (٧٥) تعبران عن الفصل التعسفي من رب العمل هما انهاء العقد لمطالبة العامل بحقوق مشروعة وفصل العامل لرفض تنفيذ أمر النقل المكاني المخالف للنظام . ويتحقق التعسف وفقاً للقواعد العامة في اى من الحالات الآتية :-

١ - اذا كان استعمال الحق يهدف الى تحقيق مصلحة غير مشروعة .

٢ - اذا كان استعمال الحق يهدف الى تحقيق الاضرار بالطرف الآخر .

٣ - اذا كان استعمال الحق لتحقيق مصلحة خاصة لصاحبه لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الطرف الآخر من ضرر من جراء ذلك .^(١) .

وقد قضت اللجنة العليا لتسوية الخلافات العمالية في الرياض بأن استعمال الحق مشروط فيه بعدم التعسف في استعماله ، فالغرض الذي تهدف اليه الأنظمة هو تنظيم المصالح المختلفة واتساق الموازنة بينها على اكمل ما يستطاع حتى يقدر المرء أن يطمئن على مستقبله .^(٢) .

كما قضت في مناسبة أخرى بأن (القواعد العامة للشريعة الاسلامية تقضى بأن استعمال الحق لا يكون مطلقاً ، بل هو مقيد بعدم اساءة استعمالها ، فاذا خالف صاحب العمل هذه القواعد كان ملزماً بالتعويض) .^(٣) .

(١) انظر المادة (٤) من القانون المدني المصري والمادة (٥) من القانون المدني السوري

(٢) قرار اللجنة العليا رقم ٢٨ وتاريخ ١٣٩٠/٨/٢٧ هـ

(٣) قرار اللجنة العليا رقم ٢١١ وتاريخ ١٣٨٦/١١/٢٢ هـ

أولا : استعمال حق الانهاء تحقيقا لمصلحة غير مشروعة :

إذا هدف رب العمل أو العامل من اثناء العقد الى تحقيق مصلحة غير مشروعة كان الانهاء غير مشروع ، ومن امثلة ذلك أن يقوم رب العمل بفصل احد عماله لمجرد انتائه الى اقليم معين من اقاليم الدولة أو لأنه يؤمن بفكر أو مبدأ معين ، يخالف ما يؤمن به رب العمل اذا كانت طبيعة العمل لا تجعل لهذا الاختلاف أهمية .

وكذلك الحال اذا استعمل حق الانهاء لمجرد ان العامل قد طالب صاحب العمل بحقوق مشروعة له وكذلك اذا فصل العامل لمجرد انه رفض تنفيذ أمر النقل المكانى الذى لم يستوف الشروط الواجبة . لصحة هذا النقل .

وقد نصت المادة (٧٥) صراحة على هاتين الحالتين الأخيرتين كأمثلة للانهاء بغير سبب مشروع . كذلك يتمتع على رب العمل فصل العامل أثناء المرض (مادة ٨٤) وفصل العاملة اثناء اجازة الحمل والولادة (مادة ١٦٧) .

ثانيا : قصد الاضرار بالطرف الآخر :

ويعد الانهاء تعسفيا اذا لم يكن يستهدف سوى الاضرار بالطرف الآخر كما اذا فصل العامل لمجرد أنه صرح لمفتش العمل بالمخالفات التى ترتكبها المنشأة أو لأنه سمح لزوجته العاملة فى نفس المنشأة بمقاضاة رب العمل .

ثالثا : عدم تناسب المصلحة مع الضرر :

ويكون الانهاء تعسفيا اذا كان الهدف منه تحقيق مصلحة لا تتناسب مطلقا مع الضرر الذى يصيب الآخر من استعمال حق الانهاء . ومن الأمثلة على ذلك اثناء عقد العامل لمجرد اتهامه فى جريمة سرقة او لمجرد حصوله على هدايا من عملاء المحل أو المصنع دون أن يثبت أن الغرض منها ليس المساس بمصالح رب العمل .

أمثلة لحالات اثناء العقد بسبب مشروع :

يكون الانهاء مشرعا لا تعسف فيه اذا مارسه صاحب العمل نزولا على مقتضيات حسن ادارة المشروع وحسن سير العمل به ورفع انتاجيته ، وقد يرجع

ذلك لأسباب اقتصادية أو لأسباب تتعلق بتجديد أساليب الانتاج أو لزيادة انتاجية المشروع وذلك على النحو الآتى :

اولا : الأسباب الاقتصادية :

إذا حلت فترة كساد أو مر المشروع بأزمة اقتصادية ولو كان ذلك بسبب اخطاء رب العمل فى الادارة جاز لرب العمل انتهاء عقود بعض العمال لتخفيض التكاليف وقد ذهبت بعض الاحكام الى أن سوء الظروف الاقتصادية لا يبرر انتهاء العقد الا اذا كان استمرار المنشأة متوقفا على اجراء هذا التوفير فى عدد من العمال بانتهاء عقودهم غير محدد المدة .

ثانيا : استخدام اساليب جديدة فى الانتاج :

يعد استخدام طريقة جديدة فى الانتاج لادارة بها العمال السابقون مبررا لانتهاء عقود بعض العمال فاذا استخدم رب العمل طرازا جديدا من الآلات تقتضى صيانتته خبرة خاصة ومستوى معيناً من التعليم جاز لرب العمل انتهاء عقود العمال القدامى الا أن على صاحب العمل أن يمهّد لعماله سبيل الامام بالطرق الجديدة والتدريب عليها اذا كان ذلك ممكنا .

ثالثا : انتهاء العقد لقلّة انتاج العامل :

كذلك يكون الانهاء مشروعاً وبرئناً من التعسف اذا كان الباعث عليه قلّة انتاج العامل أو عدم كفاءته وهو ما يقدره رب العمل على ضوء مصلحة المشروع بمقارنة العامل بغيره ممن يحصلون على مثل أجره .
اثبات التعسف :

تذهب القواعد العامة الى أن على من يدعى التعسف اثباته ، ولكن خروجاً على هذه القواعد العامة اتجه التشريع الحديث فى قوانين العمل الى الأخذ بمبدأ وقوع عبء الاثبات على صاحب العمل اذ يجب عليه اقامة الدليل على أن الانهاء يستند الى سبب مشروع ، فاذا عجز عن تقديم هذا الاثبات اعتبر الانهاء غير مشروع وقامت مسئوليته .

وقد اخذ النظام السعودى بهذا الاتجاه الحديث (المادة ٧٥ فقرة ٤) ونص

على انه (يقع على صاحب العمل عبء اثبات ان الفصل تم بسبب مشروع .) .

الرقابة القضائية على مشروعية الفصل :

احاط النظام العامل بضمانات متعددة ضد الفصل غير المشروع ومن اهم هذه الضمانات : الرقابة القضائية على مشروعية الفصل وتحقق على النحو الآتى :

- ١ - جواز وقف تنفيذ قرار الفصل .
- ٢ - جواز الحكم باعادة العامل الى العمل .
- ٣ - جواز الحكم بالتعويض على الطرف المتعسف ، وذلك على التفصيل الآتى :

اولا : وقف تنفيذ قرار الفصل :

اذا اصدر رب العمل قراره بفصل العامل جاز لهذا الأخير وفقا لاحكام النظام أن يتقدم الى اللجنة المختصة عن طريق مكتب العمل وذلك لطلب الحكم بوقف تنفيذ قرار الفصل .

ويجب أن يقدم هذا الطلب خلال خمسة عشر يوما من اخطار العامل بقرار الفصل وتنتظر اللجنة في هذا الطلب على وجه السرعة في ميعاد لا يتجاوز اسبوعين ، ويكون قرار اللجنة في هذا الشأن نهائيا .

وتقوم اللجنة التي يطلب منها وقف تنفيذ الفصل بفحص سريع لظروف الفصل . فاذا اقتنعت بالتعسف أصدرت قرارها بوقف تنفيذ الفصل ويترتب على هذا الأمر أن يصبح صاحب العمل ملزما بأن يؤدي الى العامل فورا مبلغا يعادل اجره من تاريخ فصله .

وقد يعيد صاحب العمل العامل الى عمله ويعتبر النزاع منتهياً عند هذا الحد . ولكن قد يصير صاحب العمل على موقفه وفي هذه الحالة يتعين على اللجنة أن تفصل في اصل الموضوع خلال مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوما من تاريخ صدور قرار وقف التنفيذ .

أما اذا رفضت اللجنة الأمر بوقف التنفيذ فإن هذا لا يسقط حق العامل في رفع الدعوى الموضوعية ضد صاحب العمل بسبب التعسف في الفصل ، ويلاحظ أن الأمر بوقف تنفيذ الفصل يجوز في جميع الحالات التي يمارس فيها حق الانتهاء أو حق الفسخ على نحو غير مشروع ، فهو جائز في الحالات الواردة في المادة (٨٣) كما أنه جائز في حالات استعمال الحق في إنهاء العقد غير محدد المدة .

ثانيا : الحكم باعادة العامل الى العمل :

اذا تولت اللجنة الفحص الموضوعي للدعوى المرفوعة من العامل فانه يجوز لها ان تحكم باعادة العامل الى العمل اذا اقتنعت بانه على حق وان الفصل قد وقع بالمخالفة لاحكام النظام .

وقد نصت المادة (٧٥) على أنه يجب على اللجنة الأمر باعادة العامل الى العمل في حالة الفصل لمجرد مطالبة العامل بحقوق مشروعة وكذلك في حالة الفصل لامتناع العامل عن تنفيذ أمر غير مشروع بالنقل المكاني .

وفي غير هاتين الحالتين تكون اللجنة بالخيار فيما أن تحكم باعادة العامل الى العمل وإما أن تكتفى بالحكم بالتعويض على صاحب العمل اذا قدرت استحالة استمرار التعاون بين الطرفين وأن النزاع بين الطرفين قد جعل من غير الممكن اعادة العامل الى العمل .

ثالثا : الحكم بالتعويض النقدي على الطرف المتعسف :

اذا رأت اللجنة أنه من المستحيل استمرار التعاون بين الطرفين فإنها تحكم على صاحب العمل المتعسف بالتعويض النقدي .

وتنص المادة (٧٤) من النظام على أن اللجنة يجب أن تراعى في تقدير التعويض ما لحق العامل من أضرار مادية وأدبية حالة وإحتمالية .

ويدخل في هذا التقدير بالنسبة للعامل نوع العمل ومدة الخدمة وسن العامل ومقدار ما كان يتقاضاه من أجر والأعباء العائلية الملقاة على عاتقه ومدى نقص دخله من عمله الجديد عن دخله من عمله القديم ومدى التعسف في قرار الفصل

ومدى تأثير هذا القرار في سمعة العامل وغير ذلك من الظروف والملازمات وفقاً للعدالة والعرف الجارى ، وتؤثر طبيعة العمل تأثيراً كبيراً على تحديد التعويض ، فالأعمال الفنية التى تشترط كفاءة كبيرة ومؤهلات عالية يؤدى الفصل منها الى ضرر اكبر من الفصل من غيرها نظرا لطول المدة التى يتطلبها الحصول على عمل مماثل على عكس الاعمال التى لا تتطلب خبرة خاصة أو كفاءة كبيرة فانه من الأسير نسبيا الحصول على عمل مناسب .

وقد يكون لوقت انتهاء العمل اثر كبير في تقدير التعويض اذا كانت طبيعة العمل تفرض على العامل المفاصول الانتظار مدة طويلة قبل الالتحاق بعمل آخر : فالمدرس الذى يفصل خلال العام الدراسى يكون عليه عادة أن ينتظر الى بداية العام الدراسى التالى حتى يجد عملا آخر وكذلك المدرب الرياضى الذى يفصل أثناء الموسم الرياضى فانه يضطر الى الانتظار الى بداية الموسم الجديد ليجد عملا مناسباً .

كذلك يعتد القاضى بمدة الخدمة وسن العامل فالغالب أن البحث عن عمل آخر يكون اسير على العامل الشاب منه على العامل المسن .
ويجب أن يدخل في تقدير القاضى الظروف المحيطة كحالة الرخاء أو الكساد العام أو الكساد الخاص بالمهنة ذاتها وذلك حتى يتناسب التعويض مع الضرر الفعلى .

ويتأثر حكم القاضى بالاعباء العائلية ومدى الأضرار بسمعة العامل . وغير ذلك من العناصر الهامة في تقدير التعويض .

وقد ربط النظام بين التعويض ومدى التعسف وقد يكون المقصود مدى الضرر لأن درجة التعسف لا تؤثر في مقدار التعويض الا بمقدار ما تحدثه من ضرر فعلى ماضى أو ادبى للعامل اذ ان الهدف من التعويض جبر الضرر لأعقاب رب العمل .

هذا ومن البديهى أن أى اتفاق يقضى بالاعفاء من المسؤولية عن الفصل التعسفى أو يخفف منها يكون اتفاقا باطلا ولا يعتد به القضاء في تقدير

التعويض . ولكن يجوز بعد وقوع الفصل التعسفى أن يتصالح الطرفان على مبلغ معين ولو كان فى هذا الصلح بعض التنازل من العامل لأن هذا الصلح يقتضى تنازل كل من الطرفين عن جزء من ادعائه لحسم النزاع . وكثيرا ما يحدث فى العمل أن يتم الصلح اثناء نظر النزاع أمام اللجنة وتثبت اللجنة فى المحضر ويكون هذا صلحا قضائيا ينهى النزاع بصفة حاسمة ويعد محضر الصلح فى هذه الحالة فى قوة السند التنفيذى الذى يجوز التنفيذ به على أموال رب العمل .



الباب السادس

انتهاء عقد العمل :

إذا انتهى عقد العمل انتهاء مشروعاً استحق العامل مكافأة نهاية الخدمة وشهادة نهاية الخدمة وإعادة ودائعته اليه وإعادةه الى موطنه على نفقة رب العمل .
وقد سبق أن ذكرنا أن عقد العمل المحدد المدة ينتهي انتهاء مشروعاً بانقضاء مدته ، كما ينتهي عقد العمل غير المحدد المدة بإرادة أحد الطرفين بناء على سبب مشروع ، وبعد اخطار الطرف الآخر كتابة قبل الفسخ ومنحه المهلة المحددة في النظام (مادة ٧٣) .

وينتهي عقد العمل المحدد المدة وغير المحدد المدة كذلك انتهاء مشروعاً في حالات القوة القاهرة وهي الحالات المنصوص عليها في المادة (٨٢) من النظام وهي موت العامل أو عجزه الكلي عن العمل أو انقطاعه لمدة لا تقل عن تسعين يوماً متتالية أو لمدة لا تقل في مجموعها عن مائة وعشرين يوماً خلال سنة واحدة أو بوفاة صاحب العمل إذا كانت شخصيته قد روعيت في إبرام العقد .
كذلك ينتهي عقد العمل وفقاً للمادة (٨٩) بإنهاء مشروعاً بسبب التصفية أو الإفلاس أو الإغلاق النهائي لمحل العمل بسبب تكليف العامل بالخدمة العسكرية ، أو باستقالة العاملة بسبب الزواج أو انجاب الأولاد أو بترك العامل بسبب قوة القاهرة خارجة عن إرادته .

أما إذا وقع انتهاء غير مشروع للعقد كما لو وقع الانهاء من جانب أحد الطرفين قبل انقضاء مدة العقد المحدد المدة ، أو بدون أن يكون له سبب

مشروع في عقد العمل غير المحدد المدة ، فيحق للطرف الذى أصابه ضرر من جراء هذا الفسخ المطالبة بتعويض تقدره اللجنة المختصة بالاضافة الى ما قد يستحقه العامل من حقوق أخرى كمكافأة نهاية الخدمة وفقا لأحكام النظام .

الفصل الأول

في آثار الانتهاء المشروع لعقد العمل

يترتب على عاتق صاحب العمل ، في حالة انتهاء عقد العمل بسبب مشروع ، أربعة التزامات :

- ١ - دفع مكافأة الخدمة للعامل .
- ٢ - تسليمه شهادة الخدمة .
- ٣ - إعادة الودائع اليه .
- ٤ - تأمين مصاريف إعادة العامل الى محل إبرام العقد أو الى بلده .

المبحث الأول : مكافأة نهاية الخدمة

ليست مكافأة نهاية الخدمة تعويضا للعامل عن انتهاء عقد العمل ، ولهذا لا يشترط لاستحقاقها أن يكون العامل قد أصيب بضرر معين ، وأن يتمكن من اثبات الضرر . فحتى لو حصل العامل على هذا وقد ذهب رأى في الفقه الى أن مكافأة نهاية الخدمة عبارة عن أجراء اضافي يؤجل استحقاقه لحين انتهاء العقد . ولكن نظرا لأن منحة المكافأة تتغير وفقا للمدة التى يقضيها العامل في العمل فانه لا يستقيم القول بأنها جزء من الأجر لعدم ثباتها . ويذهب رأى آخر الى أن مكافأة نهاية الخدمة ما هى الا تأمين للعامل ضد خطر انتهاء العقد ، بقصد

ضمان ما يسد أوده هو وذويه . وهذا ما يفسر في نظرهم عدم خضوع المكافأة لقواعد الأجر^(١) .

ولعل هذا ما اعتمدته اللجنة العليا في الرياض عند تكييفها للمكافأة . اذ قضت بأن (مكافأة الخدمة مبلغ يستعين به العامل الى حين وجود عمل آخر ويدفع به مخاطر الحاجة والجوع)^(٢) .

وقد كانت المادة (١٣) من نظام العمل والعمال السابق تشترط لاستحقاق العامل مكافأة الخدمة شرطين أساسيين :

أولهما : أن يكون العامل مرتبطا بعقد عمل غير محدد المدة .
ثانيها : أن يكون فسخ هذا العقد صادرا من جانب آخر ، أى من جانب صاحب العمل .

وتطبيقا لذلك لم يكن العامل يستحق أى مكافأة اذا كان مرتبطا بعقد عمل محدد المدة ، أو اذا كان الفسخ صادرا منه في عقد العمل غير المحدد المدة .
وقد وسع نظام العمل الحالي من دائرة تطبيق احكامه بحيث تشمل مكافأة الخدمة عقود العمل المحددة المدة أو غير المحددة المدة ، كما تشمل الحالات التى يضطر فيها العامل على ترك العمل لأسباب خارجة عن ارادته ، أو لأسباب ترجع الى سوء معاملة صاحب العمل أو لاخلاله بالتزاماته التعاقدية ، أو لغير ذلك من الأسباب المبينة في النظام على نحو ما سنرى تفصيلا فيما بعد .

وقد نصت المادة (٨٧) من نظام العمل الحالي على الزام صاحب العمل بدفع مكافأة الخدمة للعامل عند انتهاء مدة العقد المحدد المدة ، أو عند فسخ العقد من جانب صاحب العمل اذا كان هذا العقد غير محدد المدة .

(١) انظر محمود جمال الدين زكى المرجع السابق ص ٥٥٧ .

(٢) قرار اللجنة العليا رقم ٢٠٧ وتاريخ ١٣٨٦/٦/١٦ هـ .

وقد نص النظام فى المادة سالفة الذكر على الزام صاحب العمل كذلك بدفع مكافأة الخدمة للعامل ، قبل نهاية العقد أو حتى لو لم يكن الفسخ صادرا من جانبه ، فى ثلاث حالات استثنائية هى :

- أولاً : حالة تكليف العامل بالخدمة العسكرية .
- ثانيا : حالة استقالة العاملة بسبب الزواج أو الانجاب .
- ثالثاً : اذا ترك العامل العمل نتيجة قوة قاهرة خارجة عن ارادته .

وبالإضافة الى ذلك فان العامل يستحق مكافأة الخدمة اذا انقضى العقد لأحد الأسباب الواردة فى المادة (٨٢) من نظام العمل ، التى تنص على انقضاء العقد بوفاة العامل أو بعجزه كلياً عن اداء عمله ، أو بمرضه مرضاً نتج عنه انقطاعه عن العمل لمدة لا تقل عن تسعين يوماً متتالية ، أو مدّة تزيد فى مجموعها عن مائة وعشرين يوماً خلال سنة واحدة ، أو بوفاة صاحب العمل فى الحالة التى تكون فيها شخصيته قد روعيت فى إبرام العقد وهى الحالات التى سبق أن عرضنا لها من قبل .

وفضلاً عما تقدم فان العامل يستحق المكافأة اذا ترك العمل لسبب من الأسباب الواردة فى المادة (٨٤) والمتعلقة بالاطء الصادرة عن صاحب العمل والمبررة لفسخ العقد من جانب العامل بدون اخطار سابق ، ومع عدم الاخلال بحقه فى المكافأة والتعويض عما لحقه من ضرر على نحو ما ذكرنا من قبل .

وأخيراً فان العامل يستحق مكافأة الخدمة بمقتضى المادة (٨٩) من النظام اذا انتهى عقد العمل بسبب تصفية المؤسسة أو افلاسها أو الاغلاق النهائى المرخص به ، على نحو ما رأينا من قبل .

ولم يضع النظام حداً أقصى للمكافأة المذكورة ، وإنما جعلها مطلقة تتناسب مع مدة خدمة العامل ، وتزيد بزيادة سنّى الخدمة .

المطلب الأول

كيفية حساب مكافأة الخدمة

نصت المادة (٨٧) من النظام على أن مكافأة الخدمة (تحسب على أساس أجر نصف شهر عن كل سنة من السنوات الخمس الأولى ، وأجر شهر عن كل سنة من السنوات التالية ، ويتخذ الأجر الأخير أساسا لحساب المكافأة ، ويستحق العامل مكافأة عن كسور السنة بنسبة ما قضاها منها في العمل) .

وتحتسب مدة الخدمة من تاريخ مباشرة العمل حتى تاريخ انتهاء العقد أو انتهائه أو استحالة تنفيذه .

وتدخل في مدة الخدمة مدد الاجازات على اختلاف أنواعها ، باستثناء الاجازة بلا راتب ، كما تدخل فيها مدة الاخطار بالفسخ وكذلك تدخل في مدة الخدمة .

مدة توقيف العامل ، اذا كان توقيفه قد جرى بتدبير من صاحب العمل أو بناء على شكوى تقدم بها الى السلطات المختصة ، بصرف النظر عن توافر سوء النية أو عدمه عند تقديم هذه الشكوى .

كذلك تحسب في مدة الخدمة أيضا مدة انقطاع العامل عن العمل بسبب الفصل غير المشروع حتى تاريخ عودة العامل الى عمله طبقا لحكم المادة (٧٥) من النظام .

أما اذا كان سبب توقيف العامل يرجع الى سبب خارج عن ارادة صاحب العمل ولا يد له فيه ، فلا يحتسب ضمن مدة الخدمة الفعلية للعامل .

كذلك نص نظام العمل في المادة (٨٨) منه على انه ، في العقود غير المحددة المدة ، يستحق العامل ثلث المكافأة اذا استقال من العمل بعد خدمة لا

تقل مدتها عن سنتين متتاليتين ، وثلاثها اذا زادت مدة خدمته عن خمس سنوات كما يستحق المكافأة كاملة اذا استقال بعد عشر سنوات خدمة فأكثر ، شريطة أن يعلم صاحب العمل كتابة ، في جميع الأحوال برغبته في الاستقالة قبل تركه العمل بثلاثين يوما .

ومؤدى ما تقدم أن العامل الذى يستقيل من الخدمة قبل انقضاء سنتين متتاليتين على مباشرته العمل طبقا لعقد غير محدد المدة لا يستحق أية مكافأة خدمة ما لم يتفق على خلاف ذلك في عقد العمل .

كذلك في العقود المحددة المدة ، لا يستحق العامل المستقيل أية مكافأة الا اذا نص في العقد على غير ذلك .

وقد أجازت المادة (٨٣) من النظام لصاحب العمل ، أن يفسخ العقد بدون سبق اعلان العامل وبلا مكافأة أو تعويض ، وذلك اذا توافرت احدى الحالات المبينة في المادة المشار اليها والتي سبق أن عرضنا لها تفصيلا فيما سبق .

المطلب الثاني

تعلق حق العامل في مكافأة الخدمة بالنظام العام

القاعدة أن أحكام نظام العمل أحكام تتعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها بما يضر بحقوق العامل أو ينتقص منها .

وتطبيقا لذلك يعد نص المادة (٨٧) من نظام العمل نصاً آمراً متعلقاً بالنظام العام ومن ثم يلزم صاحب العمل بدفع مكافأة الخدمة للعامل عند انتهاء عقده .

على انه اذا كان لدى المنشأة التى يعمل فيها العامل قواعد أو لائحة داخلية تتضمن منح العامل مكافأة خدمة أكثر مما قرره له النظام ، وكانت اللائحة المذكورة تنص على أن هذه المكافأة تحل محل المكافأة النظامية ، جاز

للعامل أن يختار أيهما أكثر فائدة له ، ويحق له في جميع الأحوال استرداد ما دفعه من أجوره في صندوق الادخار في حالة اختياره المكافأة النظامية .
كذلك يجوز للعامل أن يجمع - بصورة استثنائية - بين المكافأة النظامية والمكافأة المستحقة له بموجب اللائحة الداخلية للمنشأة ، أو حصيلته من صندوق الادخار ، اذا كانت اللائحة تنص على جواز الجمع بين المكافأتين ، أو اذا كانت لا تنص صراحة على أن المكافأة المستحقة بموجبها تحل محل المكافأة النظامية .

وتطبيقاً للقواعد السابقة لا يجوز للعامل التنازل عن مكافأة الخدمة قبل استحقاقها كما لا يجوز الاتفاق على انقاصها عن الحد المقرر بمقتضى النظام باعتباره الحد الأدنى لما يستحقه العامل ، ولكن يجوز الاتفاق على قواعد أكثر فائدة بالنسبة للعامل . على نحو ما سبق أن ذكرنا .
ولكن يجوز وفقاً للقواعد العامة أن يتنازل العامل عن حقه في المطالبة بالمكافأة بعد استحقاقها وذلك عند انتهاء العقد ، كما يجوز له المصالحة عليها وأجراء مخالصة بشأنها .

ولكن لا يجوز لصاحب العمل الامتناع عن دفع مكافأة الخدمة بحجة أنه كأن يدفعها للعامل في كل سنة كمكافأة سنوية . وقد قضت اللجنة العليا بالرياض بأن (مكافأة الخدمة تستحق للعامل عند انتهاء الخدمة . ولا عبرة لما تقوله الشركة بأنها صرفت للعامل بدلا عنها مكافآت سنوية تزيد على المكافأة النظامية . ذلك أن قصد المشرع من مكافأة نهاية الخدمة هو تأمين مبلغ من ^(١) المال للعامل يسد حاجته ريثما يجد عملاً جديداً ، فلا يتحقق ذلك بالمكافأة السنوية) .

(١) أنظر قرار اللجنة العليا رقم ٦٨ وتاريخ ٢٦ / ١٠ / ١٣٨٣ وقرارها رقم ٢٠٧ وتاريخ ١٣٨٦ / ٦ / ١٦ .

ويتمتع حق العامل في المكافأة بامتياز عام من الدرجة الاولى على جميع أموال صاحب العمل المنقولة أو غير المنقولة وعملا بالمادة (١٥) من نظام العمل . (وفي حال افلاس صاحب العمل أو تصفية مؤسسته تسجل المكافأة ، كغيرها من المبالغ المستحقة للعامل ، كديون ممتازة ، ويدفع للعامل معجلا حصة تعادل أجرة شهر واحد ، وذلك قبل سداد أى مصروف آخر ، بما في ذلك المصروفات القضائية ، ومصروفات التفليسة أو التصفية) .

المبحث الثاني : شهادة الخدمة وإعادة الودائع

يحق للعامل أن يحصل من صاحب العمل ، بمقتضى المادة (٨٦) من نظام العمل ، بدون مقابل على شهادة خدمة ، وذلك في حال انتهاء خدمته أو انتهائها . وتتضمن هذه الشهادة تحديد المدة التى قضاها العامل في خدمة صاحب العمل ومرتبته ، والامتيازات التى كان يتقاضاها . وإذا اشتملت على ما قد يسيء الى سمعة العامل أو يقلل في فرص العمل أمامه ، فيجب على صاحب العمل أن يبين سبب ذلك .

ويجوز للعامل المطالبة بالزام صاحب العمل باعطائه شهادة خدمة في حال امتناعه عن ذلك . وقد قضى بأنه يجوز الحكم بالزام صاحب العمل بدفع تعويض للعامل بسبب امتناعه عن تنفيذ هذا الالتزام النظامى ، كما يجوز الحكم عليه بغرامة جزائية طبقا لحكم المادة (٢٠٧) من نظام العمل .

كذلك توجب المادة (٨٦) من نظام العمل على صاحب العمل أن يعيد الى العامل عند انتهاء العقد أو انتهائه ، جميع ما اودعه لديه ، سواء كان ذلك أموالا منقولة أو شهادات أو مستندات .

المبحث الثالث: تأمين مصاريف عودة العامل

يلزم صاحب العمل ، بمقتضى المادة (٨٥) من نظام العمل ، بمصروفات اعادة العامل الى الجهة التى أبرم فيها العقد أو استقدم منها ، خلال المدة التى يحددها مكتب العمل المختص وذلك بعد انتهاء العقد لأحد الأسباب المبينة فى المواد (٨٢) و (٨٣) و (٨٤) من النظام أو فى حال انتهاء العمل .
ويعنى صاحب العمل من هذا الالتزام اذا كان العامل قد باشر عملاً آخر فى مكان عمله الأخير ، أو اذا انقطع عن العمل قبل انتهاء مدته لغير سبب مشروع أو اذا أقر كتابة أمام مكتب العمل المختص بعدم رغبته فى العودة الى مكان إبرام العقد أو مكان استقدامه .

وإذا لم يقم صاحب العمل بتأمين مصروفات اعادة العامل ، وجب على الجهات الادارية المختصة ، بناء على طلب مدير مكتب العمل ، ترحيل العامل فوراً والرجوع بالمصروفات على صاحب العمل . ويجوز لمكتب العمل المختص اعفاء صاحب العمل - بناء على طلبه - من هذا الالتزام فى حال فصل العامل تأديبياً وفقاً للمادة (٨٣) من النظام مع مراعاة الظروف التى احاطت بفصل العامل .

ويجوز للعامل أن يطلب من اللجنة المختصة الحكم على صاحب العمل بمصروفات اعادته الى بلده الأصلى أو الى مكان إبرام العقد ، ليتمكن بذلك من تحصيل تلك المصروفات عن طريق الجهة الادارية التى تقوم بتنفيذ الأحكام القضائية فى المملكة .

ويلتزم رب العمل كذلك بنفقات جثة العامل عند وفاته أثناء العمل الى الجهة التى أبرم فيها العقد .

الفصل الثاني

في آثار الإنهاء، وغير المشروع لعقد العمل

يترتب على الإنهاء غير المشروع لعقد العمل فيما يلي :

- ١ - أن يكون للطرف الذي أصابه ضرر من جراء فسخ العقد لغير سبب مشروع الحق في تعويض تقدره اللجنة المختصة ، بالإضافة الى حقوقه النظامية الأخرى .
- ٢ - أن يكون للعامل الذي يفصل من عمله بغير سبب مشروع الحق في المطالبة بوقف تنفيذ هذا الفصل وبإعادته الى العمل .

المبحث الأول : التعويض عن الإنهاء غير المشروع لعقد العمل

تنص المادة (٧٤) من نظام العمل على انه (اذا فسخ العقد لغير سبب مشروع كان للطرف الذي أصابه ضرر من هذا الفسخ الحق في تعويض تقدره اللجنة المختصة ، على أن يراعى فيه ما لحقه من اضرار مادية وأدبية ، حالية واحتمالية .

وهذا النص ينطبق على عقود العمل المحددة المدة وعقود العمل غير المحددة المدة على السواء ، لوروده مطلقا . وسنتولى درس موضوع التعويض في كل من الحالتين على حدة .

ويقع باطلا كل شرط مسبق يعفى من التعويض عن الفسخ بغير سبب مشروع ، لأن هذا الشرط مخالف للنظام العام وذلك تطبيقا للقواعد العامة .

أولاً : تعويض عن الانهاء بغير سبب مشروع للعقد المحدد المدة :

نصت المادة (٧٢) من نظام العمل على أن عقد العمل المحدد المدة ينتهى بانقضاء مدته أو بانجاز العمل المتفق عليه . ولكن اذا لجأ صاحب العمل الى فصل العامل قبل انتهاء المدة بغير سبب مشروع وبدون أن يرتكب هذا الأخير خطأ من الأخطاء الخطيرة المبينة في المادة (٨٣) من نظام العمل ، أو اذا لجأ العامل بمحض ارادته الى ترك العمل قبل انقضاء مدة العقد في غير الحالات المبينة في المادة (٨٤) من النظام ، فإن هذا الإنهاء يعتبر إنهاء غير مشروع أو سابقا لأوانه ومستوجبا مسؤولية من قام به على خلاف أحكام النظام .

والواقع أن الإنهاء غير المشروع يعتبر اخلالا خطيرا بالالتزامات التعاقدية المترتبة على عقد العمل المحدد المدة ، الأمر الذى يوجب الزام الطرف الذى أنهى العقد بأن يدفع للطرف الآخر تعويضا عن الضرر المترتب على ذلك . وقد لقت الفقرة (٤) من المادة (٧٥) من النظام عبه اثبات مشروعية سبب الإنهاء على عاتق الطرف الذى أنهى العقد . وتتولى اللجنة المختصة تقدير مدى مشروعية هذا السبب . ويجب كقاعدة عامة اعمال الشرط الجزائى الذى يتضمنه العقد أو اتفاق الطرفين ، وعلى ذلك يلزم الطرف الذى أنهى العقد بالتعويض المتفق عليه اذا كان الانهاء بغير سبب مشروع فى عقد محدد المدة قبل الموعد المحدد فى العقد فاذا كان التعويض الاتفاقى مبالغا فيه جاز للجنة تعديل مقداره وفقا لظروف الدعوى وملابساتها ومقدار الضرر الفعلى الذى ترتب على انهاء العقد قبل مواعده .

ثانيا : التعويض عن الانهاء غير المشروع لعقد العمل غير المحدد المدة :

تتولى اللجنة المختصة وفقا للقواعد العامة تقدير التعويض عن الانهاء غير المشروع لعقد العمل غير محدد المدة وذلك وفقا لأحكام المادة (٧٤) من النظام التى سبقت الإشارة إليها . وتقدر اللجنة التعويض على أساس ما أصاب الطرف الآخر من ضرر فعلى وفقا للقواعد التى سبق ان أشرنا إليها .

إذا كان انتهاء صاحب العمل لعقد العمل غير محدد المدة تعسفيا ، فإن التنفيذ العيني بمعنى الزام صاحب العمل باعادة العامل قد يكون غير عملي لأنه قد يؤدي الى اثاره المتاعب وعدم ضمان حسن سير العمل بعد ذلك . وان كنا قد رأينا في بعض الصور التي استعرضناها كحالات للفصل التعسفى في نظر المشرع ، أن للقاضى الحكم باعادة العامل المفصول . لذلك فان الأمر ينتهى في اغلب الأحوال الى الحكم للعامل بتعويض نقدى .

ولم يوضح المشرع في نصوص النظام الأسس التى يقوم عليها تقدير التعويض في هذه الحالة .

ولكن تقضى القواعد العامة أن الحكم بالتعويض الذى تقدره اللجنة المختصة يدخل في اعتباره مراعاة نوع العمل ومقدار الضرر ومدة الخدمة والعرف الجارى والظروف الأخرى المحيطة بالدعوى وبالعامل .

والتعويض يقابل الضرر الذى أصاب العامل ، سواء كان ذلك الضرر ماديا أم أدبيا . ولكن يشترط أن يكون الضرر فعليا . فالمقصود هو تعويض عن الضرر وليس المقصود معاقبة صاحب العمل ، فالتعويض ليس عقوبة ولذلك فاننا نعتقد أن المشرع لم يقصد أن يدخل حسابه التعسف ودرجته كعنصر من عناصر التعويض وان كان ظاهر النص يوحي بذلك وتطبيقا لما تقدم فاذا كان العامل قد التحق فعلا اثناء نظر الدعوى بعمل جديد فان تحديد الضرر الذى وقع عليه من الفصل ، يصحح سهل التقدير ، لأن مدة التعطل سيتمكن القاضى من تحديدها بيسر وسهولة .

ولكن يصعب التقدير اذا كان العامل ما زال متعطلا ، اذ هنا سيقوم تقدير الضرر على أساس احتمال ، فيقدر القاضى المدة التى يقتنع بأن العامل سيعطل خلالها دون عمل ، وهو قطعاً يرجع فى ذلك الى نوع العمل الذى يمارسه العامل والمرتب الذى كان يتقاضاه فى عمله الأول ، والطلب على مثل هذا العمل . كما ان القاضى يأخذ فى الاعتبار كذلك اقدمية العامل السابقة على فصله ، إذ كلما

زادت تلك الأقدمية كلما كان العامل مستقرا نفسيا ولا يخطر بباله أنه سيفصل دون مبرر . هذا بالإضافة الى العوامل الأخرى التى سبقت الإشارة إليها كسن العامل ومقدار كفاءته وغيرها . ولا شك أنه بالرغم من أن المسئولية عن الفصل التعسفى مسئولية عقدية وأن التعويض الذى يحكم به القاضى ناتج عن التزام عقدى فإن مبلغ التعويض لا يعد أجرا ولا تسرى عليه القواعد والضمانات الخاصة بالأجر .

المبحث الثانى : فى وقف تنفيذ قرار الفصل

نصت المادة (٧٥) من نظام العمل على أنه يجوز للعامل أن يطلب وقف تنفيذ الفصل اذا كان بغير سبب مشروع ، وذلك بدلا من اللجوء الى المطالبة بالتعويض النقدى . وهذا الحق مقرر للعامل وحده ، سواء كان عقد العمل محدد المدة أو غير محدد المدة .

ووقف تنفيذ قرار الفصل مسألة وقتية ، لحين الفصل فى الدعوى الموضوعية المتعلقة بالانتهاء التعسفى وبالتعويض عنه .

ولما كانت الحكمة من وقف التنفيذ هى اغاثة العامل المفصول ورفع الحرج عنه ، فقد وضع المشرع اجراءات عاجلة ومددا قصيرة للفصل فى مسألة وقف التنفيذ .

وتبدأ اجراءات وقف التنفيذ بطلب يقدم من العامل الى مدير مكتب العمل الذى يقع فى دائرته محل العمل ، وذلك خلال مدة لا تتجاوز اسبوعين من تاريخ اخطار صاحب العمل له ، ويتخذ مدير مكتب العمل الاجراءات اللازمة لتسوية النزاع وديا . فاذا لم تتم التسوية تعين على مدير المكتب احالة الطلب خلال مدة لا تتجاوز اسبوعا من تاريخ تقديمه الى اللجنة المختصة التى تقع فى منطقة محل العمل مشفوعا بمذكرة من خمس نسخ تتضمن ملخصا للنزاع وحجج الطرفين وملاحظات مكتب العمل وتوصياته التى يراها لانتهاء النزاع .

وواضح من الاجراءات والمدد المتقدمة ، أن المشرع قد أراد أن يتحقق من ناحية من أن العامل قد تأثر بفسخ العقد ويستدل على ذلك من سرعة تقديمه لطلب اعادته الى عمله لمدير مكتب العمل .

وقد هدف المشرع الى حل المنازعات العمالية وديا قدر الامكان . ومن المدير بالذكر أن الميعاد الذى يجب على مدير مكتب العمل محاولة التوفيق خلاله وتحويل الأوراق الى اللجنة ، ميعاد واجب الاحترام اداريا ، ومخالفته لا تعنى سقوط حق العامل فى الوصول الى عرض النزاع على اللجنة ، بل كل ما تؤدى اليه لا يعدو المساءلة الادارية لمدير مكتب العمل عن اهماله فى احترام ذلك الميعاد .

وبوصول الطلب محالا من مدير مكتب العمل الى اللجنة تبدأ المرحلة الثانية طلب وقف التنفيذ ويخطر كل من صاحب العمل والعامل ومدير مكتب العمل بموعد الجلسة ويرفق الاخطار بصورة من مذكرة مكتب العمل .

وعلى اللجنة أن تفصل فى طلب وقف التنفيذ فى مدة لا تتجاوز اسبوعين ويكون حكمها فى ذلك نهائيا . فاذا اوقف التنفيذ ألزم صاحب العمل فى الوقت ذاته بأداء اجر العامل اليه من تاريخ فصله .

واللجنة عند نظر طلب وقف تنفيذ قرار الفصل ، لا تنظر فى موضوع الفصل بتعمق وانما يكتفى فى ذلك باستخلاص ما يرجع من ظاهر ، الأوراق من مشروعية الفصل أو عدم مشروعيته .

المبحث الثالث : الحكم بإعادة العامل إلى العمل

سبق أن ذكرنا أن قرار اللجنة فى طلب وقف تنفيذ الفصل قرار وقتى يقصد به المحافظة على حقوق العامل ريثما يفصل فى موضوع النزاع . ولا يجوز الطعن فى هذا القرار الوقتى ويعد قرارا نهائيا بمقتضى نص المادة

(٧٥) من النظام .

وإذا أمرت اللجنة بوقف قرار الفصل ، وجب على صاحب العمل أن يؤدي الى العامل فوراً مبلغاً يعادل أجره من تاريخ فصله حتى تاريخ صدور القرار المذكور .

ولصاحب العمل بعد ذلك أن يعيد العامل الى عمله ، خلال اسبوع على الأكثر مع دفع أجوره المتأخرة ويعتبر النزاع منتهياً . ويثبت ذلك بمحضر أمام رئيس اللجنة الابتدائية يوقع عليه كل من صاحب العمل والعامل ، ويصادق عليه رئيس اللجنة ، ويكون لهذا المحضر حجية القرارات التي تصدرها اللجنة . إذا انقضى اسبوع من تاريخ صدور قرار وقف التنفيذ دون أن يقوم صاحب العمل بإعادة العامل الى الخدمة ، فإنه يتعين على اللجنة الابتدائية ذاتها أن تفصل في أصل الموضوع خلال مدة لا تتجاوز أسبوعين من تاريخ صدور قرار وقف التنفيذ .

ويحق للعامل إذا رفض طلبه المستعجل أن يقوم برفع الدعوى أمام اللجنة الابتدائية بطلب التعويض النقدي أو إعادته الى العمل وفقاً للأصول العادية . وتنظر دعوى الموضوع أمام اللجنة الابتدائية التي لا تكون مقيدة بقرار وقف تنفيذ الفصل ، باعتباره إجراءً وقتياً لا يتمتع بحجية الأمر المحكوم به ، ويكون للجنة بعد سماع أقوال الطرفين مجدداً والتحقيق في الدعوى أن تختار بين أحد أمرين :

أولهما : الحكم بإعادة العامل الى عمله مع دفع أجوره المستحقة .

ثانيهما : الحكم بالزام صاحب العمل بدفع تعويض للعامل عما لحق به من ضرر من جراء الفصل طبقاً للمادة (٧٤) من نظام العمل ، وذلك بالإضافة الى حقوقه النظامية .

ويكون قرار اللجنة الابتدائية في موضوع الفصل ابتدائياً ، فيجوز بالتالي الطعن فيه ، بطريق الاستئناف ، أمام اللجنة العليا ، وذلك خلال المدة المحددة في المادة (١٨٠) من نظام العمل ، أى خلال ثلاثين يوماً من تبليغ صورة القرار

الابتدائي الى الطرف المحكوم عليه .

وإذا لم يستأنف قرار اللجنة الابتدائية ، خلال المدة المذكورة ، أصبح نهائيا واجب التنفيذ ، أما اذا استؤنف وأصدرت اللجنة العليا قرارها في موضوع النزاع المعروض أمامها ، فان هذا القرار يكون نهائيا وواجب التنفيذ فور تبليغه الى الخصوم عملا بالمادتين (١٧٦) و (١٨٢) من نظام العمل .

والأصل أن الحكم باعادة العامل الى عمله أمر جوازى ، يعود تقديره الى اللجنة المختصة بالنظر في موضوع النزاع . ولكن هذا الحكم يصبح وجوبيا بمقتضى احكام النظام في اربع حالات هى :

أولا : اذا جاء الفصل لاحقا لمطالبة العامل بحقوق مشروعة له ، كأن يطالب العامل صاحب العمل بدفع أجوره المتأخرة ، أو بمنحه اجازته السنوية المستحقة له أو غير ذلك من حقوقه المشروعة . (م ٧٥) .

ثانيا : اذا كان الفصل بسبب رفض العامل تنفيذ أمر نقله من مكان عمله الأصلى الى مكان آخر ، وكان هذا النقل بغير سبب مشروع تقتضيه مصلحة العمل ، أو كان من شأنه الحاق ضرر جسيم بالعامل . (م ٧٥) .

ثالثا : اذا فصل العامل خلال فترة المرض . (م ٨٢) .

رابعا : اذا فصلت العاملة اثناء فترة مرضها الناتج عن العمل أو الوضع ، بشرط أن يثبت هذا المرض بشهادة طبية معتمدة ، على أن لا تتجاوز مدة غيابها الستة أشهر ، أو اذا وقع الفصل خلال الأشهر الستة السابقة على التاريخ المتوقع للولادة ، الا اذا كان الفصل فى الحالة الأخيرة مستندا الى سبب مشروع من الأسباب المنصوص عليها فى النظام .

ويجوز لصاحب العمل ، فى أية مرحلة كانت عليها دعوى الموضوع ، أن يتفادى الحكم عليه بالتعويض عن الفصل غير المشروع اذا قبل باعادة العامل إلى عمله ودفع أجوره المستحقة حتى ذلك التاريخ بشرط أن يتم ذلك قبل الحكم النهائى فى الدعوى .

وتقتضى اللجان المختصة بتسوية الخلافات العمالية بالتعويض النقدى فى

المحالات التى يصعب فيها استمرار التعاون بين العامل وصاحب العمل بعد وقوع الفسخ ، كما تقضى - فى الأحوال الأخرى - بالتعويض العينى أى باعادة العامل الى عمله ، عندما يكون صاحب العمل منشأة كبرى لا يؤثر عليها رجوع العامل الى عمله السابق ، وخاصة اذا كان الخطأ المسند الى العامل المفصول تافها أو يسيرا بحيث لا يستوجب فصله من عمله وحرمانه من مورد رزقه الأساسى .

وهذا الحل الذى تأخذ به تلك اللجان كان يستند الى قرار مجلس الوزراء رقم ٦٨٣ تاريخ ٢٥ / ٩ / ١٣٨٣ هـ . الذى أجازها فى حال ثبوت الفصل التعسفى أن تحكم إمّا باعادة العامل الى عمله أو بتعويض مناسب له ، كما أنه مستمد من القاعدة الشرعية (الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف) وهى مأخوذة عن الحديث النبوى الشريف (لا ضرر ولا ضرار) .

وأخيرا لا بد من الإشارة الى انه لا يكفى للحكم بالتعويض أن يثبت العامل أنه فصل من عمله بغير سبب مشروع ، وانما يجب أن يثبت أن ثمة ضررا لحق به من جراء هذا الفصل على نحو ما ذكرنا .
وتعتبر المواعيد المحددة لإحالة طلب وقف تنفيذ الفصل أو لإصدار قرار الوقف أو الحكم بالتعويض مواعيد تنظيمية تهدف الى التعجيل بالفصل بالطلب أو فى الدعوى ومن ثم فلا يترتب على عدم مراعاتها أو اغفالها بطلان الاجراءات أو بطلان الحكم الصادر فى هذا الموضوع ، وذلك لعدم تعلقها بالنظام العام .
ولكن يجب فى جميع الاحوال على العامل أن يرفع دعواه فى المواعيد المقررة نظاما .

وقد نص النظام فى المادة (١٣) منه على أنه (لا يجوز النظر فى أية شكوى أمام أى لجنة عن المخالفات التى تقع ضد أحكام هذا النظام أو اللوائح والقرارات والأوامر الصادرة بمقتضاه بعد مضى اثنى عشر شهرا من تاريخ وقوع المخالفة ولا يجوز النظر فى أية دعوى أو مطالبة متعلقة بأى حق من الحقوق المنصوص عليها فى هذا النظام بعد مضى اثنى عشر شهرا من تاريخ انتهاء العقد .) .

الحج زوال الرابع
نظام التأمينات الاجتماعية
في المملكة العربية السعودية

- الباب الأول : إقليمية تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية
الباب الثاني : دور المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية
في تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية .
الباب الثالث : تحديد إصابات العمل وأمراض المهنة الخاضعة للنظام
الباب الرابع : التعويضات المستحقة للعمال أو ورثتهم .
الباب الخامس : المعاشات في حالات الشيخوخة والعجز والوفاة .
الباب السادس : اجزاءات المقررة لمخالفة أحكام النظام .

الباب الأول

إقليميّة تطبيقيّة نظام التأمينات الاجتماعيّة

الفصل الأول

تعريف التأمينات الاجتماعيّة وتمييزها عن الضمان الاجتماعي

يواجه نظام التأمينات الاجتماعيّة أخطار العمل ويستهدف بصفة أساسية تعويض العامل عن الأضرار التي تحيق به نتيجة عدم قدرته على العمل بسبب مرض أو إصابة أو عجز أو شيخوخة .

كما يستهدف النظام كذلك تعويض أفراد عائلة العامل الذي يتوفى أثناء العمل إذا كان يعمل هؤلاء الأفراد حال حياته .

والواقع أن حاجة الإنسان للرعاية في حالات العجز والشيخوخة والإصابة وأمراض المهنة ، كما أن حاجة أسرته للرعاية عند وفاته هي الشغل الشاغل للمجتمعات الإنسانيّة منذ القدم ، وقد نجح الإنسان أخيرا في التماس حلول لهذه الحاجة في المجتمعات الحديثة .

وتستهدف نظم التأمينات بمجملها ، قيام الدولة بكفالة كل فرد من مواطنيها بما يمكنه من الاحتفاظ بمستوى لائق ومقبول لمعيشته ومن يعولهم من افراد أسرته . وتهدف نظم الضمان الاجتماعى الى مواجهة الأخطار التى يتعرض لها الانسان فى الحياة التى يعيشها ، سواء بوقايته من هذه المخاطر أو بتعويضه عن الأضرار الناجمة عنها ، وقد اقرت الجمعية العمومية للأمم المتحدة الاعلان العالمى لحقوق الانسان بتاريخ ١٠ ديسمبر ١٩٤٨ م ، نصت المادة (٢٢) منه على ان (كل شخص باعتباره عضوا فى المجتمع له حق فى الضمان الاجتماعى ، وله حق الحصول على اشباع لحاجاته الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التى لا غنى عنها لكرامته وللتطور الحر لشخصيته وذلك بفضل المجهود الوطنى والتعاون الدولى مع مراعاة ظروف كل دولة ومصادرها) .

أما التأمينات الاجتماعية فهى نظام عمالى بحث يستهدف الضمان الاجتماعى لطائفة العمال دون سواها .

ويتم توفير هذا الضمان عن طريق اشتراكات يقوم العمال بدفعها الى الهيئة القائمة على التأمينات الاجتماعية ويشاركهم فى دفعها أصحاب الاعمال . وقد اصبحت التأمينات الاجتماعية فى الوقت الحالى جزءاً من ايدولوجيات القرن العشرين وضرورة لا غنى عنها بالنسبة الى أمن دولة من الدول . ويبين من ذلك أن التأمينات الاجتماعية وسيلة من وسائل الضمان الاجتماعى للعمال تهدف الى كفالة الحياة المستقرة للطبقة العاملة .

واذا كانت التأمينات الاجتماعية تهدف الى مواجهة وتغطية الأخطار الاجتماعية للطبقة العاملة فهى تتميز عن التأمين العادى مثل التأمين على الحياة والتأمين ضد حوادث السيارات والتأمين ضد الحريق .

والمخاطر التى يتعرض لها العامل فى حياته المهنية هى :

١ - الاصابات الناجمة عن حوادث العمل .

٢ - أمراض المهنة .

٣ - البطالة .

كذلك يتعرض العامل واسرته لمجموعة أخرى من المخاطر الاجتماعية العادية هي :

١ - المرض والعجز غير الناشئين عن المهنة .

٢ - الشيخوخة .

٣ - وفاة رب العائلة .

وهذه المخاطر وإن كانت لا تقتصر على العمال وأسرهـم ، إلا أنها تعتبر ذات خطورة خاصة بالنسبة لهم نظرا لظروفهم الاجتماعية والاقتصادية . فالطوائف الأخرى من الأفراد تستطيع أن تواجه المخاطر بأموال ادخروها أو ورثوها ، أو بالقيام بالتأمين ضدها تأميناً عادياً ، أما الطبقات العاملة فهي عاجزة بوجه عام عن مواجهة هذه المخاطر .

والتأمينات الاجتماعية تقدم لذلك الحل المثالي لمشكلة المخاطر التي تهدد العامل ، ويمكن توزيع جانب الأعباء المالية التي تترتب على هذه المخاطر على مجموع العمال والمستخدمين وتسهم الدولة عن طريق اعاناتها في دعم امكانيات تأمين العمال كما تلزم أرباب الأعمال بتقديم حصة فيها .

والتأمين المقصود هنا يجب أن يكون إجبارياً وهو ما تأخذ به جميع التشريعات التي نظمت هذا النوع من التأمين واصدرت قوانين أو أنظمة تكفل فرضه وتطبيقه وتختلف أنظمة الدول بشأن ما تفرضه على ارباب الأعمال من نسب في اشتراكات التأمينات الاجتماعية وفيما تدفعه الدولة كاعانات حسب مجموعة من العوامل الاقتصادية والاجتماعية والسياسية والفلسفية .

الفصل الثاني :

القواعد الشرعية لنظام التأمينات الاجتماعية السعودي

صدر نظام التأمينات الاجتماعية في المملكة العربية السعودية بعد أن وافق

عليه مجلس الوزراء بالقرار رقم ٧٤٦ وتاريخ ٢٣/٢٤/١٣٨٩ هـ . والذي
توج بالمرسوم الملكي الكريم رقم ٢٢ وتاريخ ١٣٨٩/٩/٦ هـ .
وكان نظام التأمينات الاجتماعية السابق على النظام الحالي قد صدر سنة
١٣٦٨ هـ . في ظل نظام العمل والعمال الصادر سنة ١٣٦٦ هـ . وكان عبارة
عن نظام اختياري للتأمينات الاجتماعية يتعلق بالتعويضات بالنسبة الى عمال
المقاولين ، وقد ترتب عليه انشاء صندوق للتعويضات يتولى صرف التعويضات
المستحقة للعمال عن اصابات العمل ، ولكن استمر الانضمام الى هذا الصندوق
اختياريا بالنسبة الى اصحاب الاعمال .

وقد قسم نظام التأمينات الاجتماعية السعودي الى ثمانية فصول هي :
الفصل الأول : ويتناول احكاما عامة ويتضمن أحكام المواد (١) و
(٢) و (٣) التي حددت سريان النظام على العمال المأجورين وتحديد معاني
المصطلحات الواردة فيه واجازة منح تراخيص لانشاء مؤسسات خاصة تكفل
منافع اضافية للعمال .

الفصل الثاني : ويتضمن نطاق تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية في المواد
(٤) و (٥) و (٦) و (٧) و (٨) التي وضعت القواعد العامة بشأن
سريان النظام على العمال وتحديد الطوائف المستثناة منه مع الاشارة الى تطبيق
النظام على مراحل .

الفصل الثالث : يشمل التنظيم الاداري للتأمينات الاجتماعية ويحتوى
المواد من (٩) الى (١٦) ويتعلق بتكوين واختصاصات المؤسسة العامة
للتأمينات الاجتماعية ولجنة المراقبة والصلاحيات الادارية الخاصة بأجهزة
المؤسسة ومديريها العام .

الفصل الرابع : ويتناول الموارد المالية والتنظيم المالى للتأمينات الاجتماعية
في المواد من (١٧) الى (٢٦) .

الفصل الخامس : ويتضمن قواعد التعويضات ، ويشمل المواد من
(٢٧) الى (٥٢) الى الثانية والخمسين .

وينقسم هذا الفصل بدوره الى ثلاثة اقسام ، وقد خصص القسم الاول لفرع الاخطار المهنية الذى يتضمن المواد من (٢٧) الى (٣٧) ويتناول القسم الثانى تعويضات ، فرع المعاشات ويشمل المواد من (٣٨) الى (٤٣) أما القسم الثالث فيتناول احكاما مشتركة بين جميع التعويضات ويشمل المواد من (٤٤) الى (٥٢) .

الفصل السادس : يتضمن أحكاما مختلفة فى المواد من (٥٣) الى (٥٨) ويتعلق هذا الفصل أساسا باجراءات وأساليب سير العمل وكيفية قيام المؤسسة وأصحاب الاعمال بالتزاماتهم وفقا لاحكام النظام بالاضافة الى بعض الاحكام الأخرى .

الفصل السابع : ويشمل العقوبات فى المادتين (٥٩) و (٦٠) .
الفصل الثامن : ويتضمن أحكاما انتقالية وختامية فى المواد من (٦١) الى (٦٥) .

وقد اصدر مجلس الوزراء تطبيقا لاحكام النظام القرارين الآتيين :
١ - قرار مجلس الوزراء رقم ٨٧٧ وتاريخ ١٣٨٩/١١/٢١ هـ . بالموافقة على جدول الأمراض المهنية .

٢ - قرار مجلس الوزراء رقم ٥٤٥ وتاريخ ١٣٩٠/٦/٨ هـ . بالموافقة على لائحة الجدول الدليل للنسب المثوية .

وقد صدرت اللائحة التنفيذية لنظام التأمينات الاجتماعية متضمنة احكاما تمهيدية والاحكام الخاصة بتسجيل أصحاب الاعمال والعمال ، وقواعد تحديد اشتراكات التأمين واجراءات تحصيل الاشتراكات .
كما صدرت فى شأن تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية قرارات وزارة العمل والشؤون الاجتماعية الآتية أهمها :

١ - القرار رقم (١) تأمينات وتاريخ ١٣٩٢/٩/١١ هـ . بشأن قواعد تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية على العمال الدائمين فى المنشآت التى يعمل بها عادة مائة عامل فاكثر فى جميع انحاء المملكة اعتبارا من غرة محرم ١٣٩٣ هـ .

٢ - القرار رقم (٢) تأمينات وتاريخ ١١/٩/١٣٩٢ هـ . باصدار
اللائحة التنفيذية لنظام التأمينات الاجتماعية فيما يتعلق بتسجيل اصحاب
الاعمال والعمال ، وتحديد وتحصيل اشتراكات التأمين ، وحصر المنشآت
والنفتيش ، وأصول تقديم الاعتراضات على القرارات الصادرة واجراءات النظر
فيها .

٣ - القرار رقم (٣) تأمينات وتاريخ ٢٤/١/١٣٩٣ هـ . بشأن تطبيق
نظام التأمينات الاجتماعية على العمال المؤقتين والموسمين بالمنشآت التي يعمل بها
عادة مائة عامل فأكثر .

٤ - القرار رقم (٤) تأمينات وتاريخ ٢٤/١/١٣٩٣ هـ . بشأن تطبيق
نظام التأمينات الاجتماعية على العاملين بمنشآت يعمل بها عادة خمسون عاملا
فأكثر .

٥ - القرار رقم (٥) تأمينات وتاريخ ٢٤/١/١٣٩٣ هـ . بشأن تطبيق
نظام التأمينات الاجتماعية على عمال المؤسسات العامة الخاضعين لنظام العمل .
٦ - القرار رقم (٦) تأمينات وتاريخ ٢٤/١/١٣٩٣ هـ . بتفويض مدير
عام المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية صلاحية اعتبار فروع منشآت صاحب
العمل وحدة واحدة في تعاملها مع المؤسسة .

٧ - القرار رقم (٧) تأمينات وتاريخ ٢٤/١/١٣٩٣ هـ . بالترخيص
للمؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية في قبول التعامل مع المنشآت التي تتبع
التقويم الميلادي على اساس هذا التقويم .

٨ - القرار رقم (٨) تأمينات وتاريخ ١٦/٦/١٣٩٣ هـ . بتعديل المادة
(٤) من اللائحة التنفيذية بتفويض المدير العام في عمل نماذج التطبيق .
واضافة فقرة الى المادة (٣٣) من اللائحة بتفويض المدير العام في قبول
حساب وأداء الاشتراكات على أساس الأجور الفعلية في بعض الحالات .
وتعديل المادة ٣٥ من اللائحة بتقريب اشتراك كل عامل في حصة
التأمينات (حصة صاحب العمل وحصة العامل) واضافة فقرة بتفويض المدير

العام في التجاوز عن فروق الاشتراكات في حدود خمسة ريالات .
وتعديل المادة (٣٧) من اللائحة بقبول الاشتراكات بدون اضافة في اول
يوم عمل بعد الاجازة الرسمية واطافة فقرة بتحديد تاريخ سداد الشيكات
الواردة بالبريد في حالة عدم وضوح خاتم البريد .
٩ - القرار رقم (٩) تأمينات وتاريخ ١٦/٩/١٣٩٣ هـ . بأثر اسناد
بعض الاعمال لمقاولين من الباطن في الخضوع للنظام .
١٠ - القرار رقم ١٠/تأمينات وتاريخ ٩/٨/١٣٩٣ هـ . بشأن تطبيق
نظام التأمينات الاجتماعية على عمال الأجهزة الحكومية الخاضعين لنظام العمل
اعتبارا من غرة شوال ١٣٩٣ هـ .

كذلك اصدر مدير عام المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية عدة قرارات
تتعلق بتطبيق أحكام النظام ومن أهم هذه القرارات ما يتعلق بالنماذج المستعملة
في تنفيذ النظام وما يتعلق بقواعد واجراء تطبيق النظام على عمال المؤسسات
العامة الحكومية والأجهزة الحكومية وما يتعلق بكيفية تسوية المبالغ التي يدفعها
أصحاب الأعمال بالزيادة الى المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية .

أولا : النماذج المستعملة في تنفيذ النظام :

١ - تحديد النماذج .

٢ - اجراءات الترخيص لاصحاب الاعمال بطبع نماذج المؤسسة .

٣ - تنظيم عملية بيع نماذج التأمينات .

٤ - الشهادات التي تثبت تسجيل صاحب العمل في المؤسسة العامة

للتأمينات الاجتماعية وقيامه بجميع التزاماته تجاهها .

٥ - البيان الذي يعطى للمؤمن عليهم والمستحقين عنهم عن مدد اشتراكهم

في المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية .

ثانيا : قواعد واجراءات تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية على عمال

المؤسسات العامة الحكومية والأجهزة الحكومية الخاضعين لنظام العمل .

- ١ - عمال المؤسسات العامة الحكومية الخاضعون لنظام العمل .
 - ٢ - عمال الأجهزة الحكومية الخاضعون لنظام العمل .
- ثالثا : كيفية تسوية المبالغ التي يدفعها أصحاب الأعمال بالزيادة الى المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية :
- وتتكون من ستة بنود تتعلق بما ينبغي عمله اذا تبين صاحب العمل أنه سدد للمؤسسة بالزيادة ما يجاوز الاشتراكات المقررة .

الفصل الثالث

نطاق تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية

سبق أن ذكرنا أن نظام التأمينات الاجتماعية نظام عمالي بحث وأنه يهدف الى اسباغ الحماية الاقتصادية والاجتماعية على العمال المخاطين باحكامه . ونظرا لأن نظام التأمينات الاجتماعية يتعلق بالنظام العام ، وانه نظام اقليمي فإن الأصل أن تطبيقه لا يتأثر بجنسية العامل طالما أنه يؤدي العمل بصفة رئيسية على اقليم الدولة .

المبدأ الأول : تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية من حيث الأشخاص

الأصل أن يسرى نظام التأمينات الاجتماعية على جميع العمال عدا الفئات المستثناة وهذا ما تضمنه حكم المادة (١) من النظام التي نصت على تطبيقه على (العمال المأجورين) واذا كان نظام التأمينات الاجتماعية نظاما عماليا بحثا فإنه من البديهي أن يكون هناك تساؤل عما اذا كان نظام التأمينات الاجتماعية يسرى على كل من ينطبق عليه وصف العامل طبقا لنظام العمل والعمال .

والواقع أنه وإن كان نظام التأمينات الاجتماعية لا يغطي كل العمال الذين ينطبق عليهم هذا الوصف وفقا لنظام العمل والعمال إلا أن الارتباط الشديد بين النظامين أكدته سريانهما بوجه عام على العمال وإن اختلف مجال تطبيقها في بعض الأحيان كما سترى فيما بعد .

ونتيجة لذلك كان طبيعيا أن يصدر النظامان في تاريخ واحد في ١٣٨٩/٩/٦ هـ . وإن يعمل بهما في نفس الوقت ، ولقد كان طبيعيا أن يرتبط تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية على الأقل في المراحل الأولى لتطبيقه بوجود نوع من الاستقرار .

في علاقة العمل بين اصحاب الاعمال والعمال ذلك الاستقرار الذي يكفل القدرة على استمرار سداد الاشتراكات التي يوجب النظام الوفاء بها . ويقصد بالعامل في نطاق تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية كل من يرتبط بصاحب العمل بموجب عقد عمل أيا كان نوع العمل وسواء أكان عملا فنيا أو عقليا أو يدويا وأيا كان الأجر عاليا أو منخفضا نقديا أو عينيا أو مختلطا وأيا كانت طريقة ووقت سداده والوفاء به .

ويسرى النظام كذلك على العمال المتدرجين أى العمال تحت التمرين وتنص المادة (٤) من نظام التأمينات الاجتماعية على انه (مع الاحتفاظ باحكام المادتين (٥ ، ٦) يخضع بصورة الزامية للتأمينات الاجتماعية المحدثه بموجب هذا النظام جميع العمال ، دون أى تمييز في الجنسية أو الجنس أو السن ، الذين يعملون بموجب عقد عمل لمصلحة صاحب عمل أو أكثر ، مهما كانت مدة العقد أو طبيعته أو شكله ومهما كان مبلغ الأجرة المدفوعة أو نوعها بشرط أن يكون أداء خدماتهم بصورة رئيسية داخل المملكة العربية السعودية) .

ويقطع نص المادة السابقة بأن النظام يسرى على العمال الأجانب العاملين في المملكة وذلك على تفصيل سيرد فيما بعد . وإذا كان النظام قد كفل في المادة (١) منه سريان احكامه اصلا على جميع العمال ، كما أكد هذا المفهوم في المادة (٤) منه باخضاع جميع العمال لاحكام النظام عدا الفئات المستثناة بموجب

احكام المادة (٥) والتي سنعرض لها فيما بعد ، فإنه من الطبيعي أن يتم تنفيذ النظام على مراحل اذ يستحيل تطبيقه على جميع العمال في وقت واحد .

ولذا تضمنت المادة (٦) من النظام الإشارة الى أن التطبيق الفعلي لفروع التأمينات الاجتماعية الخاصة باصابات العمل والأمراض المهنية وتعويضات العجز والشيخوخة والوفاة يكون على مراحل تحدد بقرارات وزارية تصدر من الوزير المختص بناءً على اقتراح مجلس ادارة المؤسسة العامة على أن يحدد في هذه القرارات تاريخ وضع المرحلة الاولى للتأمين موضع التطبيق وتاريخ أية مرحلة تالية توسع النطاق الأولى ومناطق تطبيق التأمين وامكنته في المرحلة الأولى وفي كل مرحلة تالية وفئات اصحاب العمل والعمال الخاضعين للتأمين في كل مرحلة .

وقد بدأ تطبيق فرع المعاشات اعتباراً من غرة شهر محرم ١٣٩٣ هـ . في جميع انحاء المملكة على منشآت اصحاب الاعمال الذين يبلغ عدد عمالهم عادة (١٠٠) (مائة) عامل فأكثر وذلك بموجب قرار وزير العمل والتأمينات الاجتماعية رقم (١) وتاريخ ١٣٩٢/٩/١١ هـ . وتعتبر منشأة صاحب العمل مستكملة العدد المقرر للخضوع للنظام طبقاً للقرار المذكور كل منشأة يبلغ عدد عمالها مائة عامل في أى وقت خلال الفترة من تاريخ صدور القرار الى أول محرم ١٣٩٣ هـ . ، بصرف النظر عما يطرأ على عددهم من تخفيض بعد ذلك .

وقد أشار القرار الى أنه يقصد بعدد العمال بالنسبة لتطبيق احكامه مجموع العاملين في المنشأة الواحدة بما فيهم العمال المؤقتون والعرضيون الذين يستخدمهم صاحب العمل في منشأته أو فروعها مجتمعة ولو تعددت مواقعها أو تنوعت أنشطتها أو كان لكل منها كيان قانوني مستقل .

هذا وقد نص القرار المذكور على ان تسرى الاحكام السابقة كذلك على كل صاحب عمل تستكمل منشأته العدد المقرر بعد اول محرم ١٣٩٣ هـ . ، وفي هذه الحالة يسرى في شأنها النظام اعتباراً من التاريخ الذى تستكمل فيه ذلك العدد ، على أن تحصل اشتراكات التأمينات الاجتماعية عن الشهر الذى استكمل فيه على اساس شهر كامل .

وقد حرص القرار المذكور في المادة (٤) على النص على أن أصحاب الاعمال التي يطبق في شأنها النظام لأول مرة طبقا لاحكام هذا القرار تستمر ملزمة بتطبيقه مهما انخفض عدد عمالها فيما بعد الى أى قدر .

وقد جاء في المادة (٥) من القرار ذاته انه بمجرد أن تتم اجراءات تنفيذ النظام وفقا للاحكام المتقدمة بالنسبة لمنشآت اصحاب الاعمال التي يعمل بها عادة (١٠٠) (مائة) عامل فأكثر ، ينتقل التنفيذ في المرحلة التالية الى اصحاب الاعمال الذين يستخدمون عادة ٥٠ عاملا فأكثر في خلال سنة على الاكثر . وبعد تمام التنفيذ بالنسبة لها يعرض على مجلس ادارة المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية تقرير بنتائج التطبيق لتحديد المراحل التالية .

وفي ١٣٩٣/١/٢٤ هـ . اصدر وزير العمل والشؤون الاجتماعية قراره رقم (٣) تأمينات الذي نص على أن يطبق نظام التأمينات الاجتماعية (فرع المعاشات) اعتبارا من غرة ربيع الأول عام ١٣٩٣ هـ . على العمال المؤقتين والموسمين بالمنشآت التي يعمل بها عادة مائة عامل فأكثر التي يسرى في شأنها النظام طبقا للمادة الثانية من قرار وزير العمل والشؤون الاجتماعية رقم (١) تأمينات وتاريخ ١٣٩٢/٩/١١ هـ . المشار اليه ، مع مراعاة الاحكام التالية :

١ - العمال المؤقتون والموسميون الذين تفتضى طبيعة الاعمال المسندة اليهم استمرار العمل فيها لمدة ثلاثة أشهر متصلة على الأقل ، يطبق عليهم النظام اعتبارا من غرة ربيع الأول ١٣٩٣ هـ . أو من تاريخ التحاقهم بالخدمة ان كان بعد ذلك .

٢ - العمال المؤقتون والموسميون الذين لا يتوفر في الاعمال المسندة اليهم الوصف السابق يطبق عليهم النظام اعتبارا من أول الشهر التالي لانقضاء ثلاثة اشهر متصلة في خدمة صاحب العمل بما فيها الخدمة السابقة على غرة ربيع الأول ١٣٩٣ هـ .

وفي نفس التاريخ السابق اصدر وزير العمل والشؤون الاجتماعية قراره رقم (٤) الذي نص على أن يطبق نظام التأمينات الاجتماعية (فرع المعاشات)

اعتباراً من غرة شهر جماد أول ١٣٩٣ هـ . في سائر أنحاء المملكة على منشآت أصحاب الاعمال التى يعمل بها عادة خمسون عاملاً فأكثر الى أقل من مائة . كما نص على أن تعتبر منشأة صاحب العمل مستكملة العدد المقرر للخضوع للنظام طبقاً لحكم الفقرة السابقة متى كان مجموع عدد العمال الدائمين والمؤقتين والموسميين والعرضيين بمنشأة أو منشآت صاحب العمل وفروعها مجتمعة قد بلغ خمسين عاملاً فأكثر الى أقل من مائة فى أى وقت خلال الفترة من تاريخ صدور هذا القرار حتى غرة جماد أول ١٣٩٣ هـ . بصرف النظر عما يطرأ على عددهم من تخفيض بعد ذلك .

وبالنسبة لصاحب العمل الذى تستكمل منشأته أو منشأته وفروعها مجتمعة العدد المحدد بالفقرة السابقة بعد غرة جماد أول ١٣٩٣ هـ . يسرى فى شأنها النظام اعتباراً من اول الشهر التالى للتاريخ الذى تستكمل فيه ذلك العدد . كما نص القرار المذكور على ان يسرى نظام التأمينات الاجتماعية تنفيذاً لحكم المادة السابقة على العمال الآتى بيانهم وطبقاً للتفصيل الآتى :

١ - يسرى النظام اعتباراً من أول جماد الأول عام ١٣٩٣ هـ . على العمال الدائمين وكذلك على العمال المؤقتين والموسميين والذين تقتضى طبيعة الاعمال المسندة اليهم استمرار العمل فيها مدة ثلاثة أشهر متصلة على الأقل .

٢ - أما بالنسبة للعمال المؤقتين والموسميين الذين لا يتوفر فى العمليات المسندة اليهم الوصف المتقدم يسرى النظام فى شأنهم اعتباراً من أول الشهر التالى لقضائهم ثلاثة أشهر متصلة فى خدمة صاحب العمل بما فيها الخدمة السابقة على غرة جماد الأول ١٣٩٣ هـ .

كذلك صدر فى نفس اليوم قرار وزير العمل والشؤون الاجتماعية رقم (٥) تأمينات بشأن تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية على عمال الورشات العامة الخاضعين لنظام العمل وقد نص القرار المذكور على أن يطبق نظام التأمينات الاجتماعية (فرع المعاشات) اعتباراً من غرة جماد الأول عام ١٣٩٣ هـ . على عمال المؤسسات العامة ، التى نص فى قراراتها أنها مؤسسة عامة ، الخاضعين

لنظام العمل مهما كان عددهم في كل مؤسسة ، وذلك على النحو التالي :

١ - العمال الذين تقتضى طبيعة الاعمال المسندة اليهم استمرار العمل فيها مدة ثلاثة أشهر متصلة على الأقل ، يطبق عليهم النظام اعتبارا من غرة جماد الأول ١٣٩٣ هـ . أو من تاريخ التحاقهم بالخدمة ان كان بعد ذلك .

٢ - العمال الذين لا يتوفر في العمل المسند اليهم الوصف السابق يطبق النظام في شأنهم اعتبارا من اول الشهر التالى لقضائهم ثلاثة أشهر متصلة في خدمة المؤسسة بما في ذلك الخدمة السابقة على أول جماد الأول عام ١٣٩٣ هـ . وأضاف القرار المذكور انه يتم تقدير وتحصيل اشتراكات التأمينات الاجتماعية بالنسبة للعمال الذين يخضعون للنظام طبقا لاحكام القرار المذكور على أساس أجورهم الفعلية ، كما يتم صرف مستحقاتهم وفقا لبيانات ملف الخدمة . وقد عهد القرار المذكور الى مدير عام المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية باصدار قرار بتحديد القواعد والاجراءات التى تتبع في شأن تطبيق النظام على هؤلاء العمال ، وتحديد البيانات والمآذج التى يتعين حفظها بملف خدمة العمال للرجوع اليها عند الاقتضاء .

وحتى يقطع المشرع احتمالات التحايل على احكامه بالتهرب من تطبيق احكام النظام اصدر وزير العمل والشؤون الاجتماعية قراره رقم (٩) تأمينات وتاريخ ١٦/٣/١٣٩٣ هـ . وتضمن القرار المذكور اعتبار رب العمل مستكملا للنصاب العددي المقرر لخضوعه للنظام اذا اسند كل أو بعض اعماله الى مقاولين من الباطن في الحالتين الآتيتين :

١ - اذا بلغ مجموع عدد عماله مضافا اليهم مجموع عدد عمال المقاولين من الباطن . العدد المقرر للخضوع للنظام .

٢ - اذا بلغ مجموع عدد عماله مضافا اليهم عدد المقاولين من الباطن الذين يعملون بمفردهم لحسابه العدد المقرر للخضوع للنظام .

كما يضمن القرار المذكور كذلك اخضاع عمال المقاول أو المقاولين من الباطن للنظام ولو لم يستكمل عدد عمالهم النصاب المقرر للخضوع له متى توافرت في شأنهم الشروط الآتية :

- ١ - أن يكون عمال منشأة صاحب العمل الأصلي خاضعين للنظام .
- ٢ - أن يتوافر في شأنهم شروط الخضوع لنظام التأمينات الاجتماعية بالنسبة لعملهم لدى صاحب العمل الأصلي .
- ٣ - أن يباشر عمال المقاول من الباطن أداء أعمال صاحب العمل الأصلي ويخضعون لإشرافه ويستخدمون آلاته وأدواته أو موارده الخام . وبالإضافة إلى ذلك فقد تضمن القرار المذكور النص على أنه في حالة خضوع عمال المقاول أو المقاولين من الباطن للنظام على النحو المتقدم يعتبر صاحب العمل الأصلي والمقاول أو المقاولون من الباطن ملتزمين بالتضامن في تنفيذ احكام النظام وأداء الاشتراكات المستحقة للمؤسسة عن أولئك العمال .

وفي ١٣٩٣/٨/٩ هـ . اصدر وزير العمل والشؤون الاجتماعية قراره رقم (١٠) تأمينات بشأن تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية على عمال الأجهزة الحكومية الخاضعين لنظام العمل اعتبارا من أول شوال ١٣٩٣ هـ . وقد تضمن القرار المذكور سريان احكام النظام فرع المعاشات اعتبارا من التاريخ سالف الذكر على عمال الأجهزة الحكومية الخاضعين لنظام العمل مهما بلغ عددهم في كل جهاز على حدة ، وذلك على النحو الآتى :

- ١ - العمال الذين تقتضى طبيعة الأعمال المسندة اليهم استمرار العمل فيها مدة ثلاثة شهور متصلة على الأقل يطبق عليهم النظام (فرع المعاشات) من أول شوال (١٣٩٣ هـ .) .

- ٢ - العمال الذين لا يتوفر في العمل المسند اليهم الوصف السابق يطبق عليهم النظام اعتبارا من أول الشهر التالى لقضائهم ثلاثة شهور متصلة في خدمة الجهاز الحكومى بما فى ذلك الخدمة السابقة على أول شوال ١٣٩٣ هـ .

كما نص القرار المذكور على أن يتم تقدير وتحصيل الاشتراكات على العمال المذكورين على أساس الأجر الفعلية .

كما نص على أن يتم سداد حصة العمال في الاشتراكات في خلال الخمسة عشر يوما التالية للشهر المستحقة عنه الاشتراكات ، على أن تسدد حصة الحكومة (صاحب العمل) في المواعيد التي يتفق عليها مع وزارة المالية والاقتصاد الوطني .

المطلب الأول

العمال المستثنون من الخضوع لنظام التأمينات الاجتماعية

- نصت المادة (٥) من نظام التأمينات الاجتماعية على ان يستثنى من التأمينات الاجتماعية المحدثه بموجب هذا النظام :
- ا - موظفوا الدولة العامون وافراد القوى المسلحة والشرطة الذين يتمتعون بانظمة خاصة لمعاشات موظفي الدولة والعسكريين .
 - ب - الموظفون الأجانب الذين يعملون في البعثات الدولية او السياسية او العسكرية الأجنبية .
 - ج - العمال المؤجرون المستخدمون في الأعمال الزراعية او الحراجية او اعمال الرعى والأعمال المشابهة .
 - د - البحارة بما فيهم الصيادون البحريون .
 - هـ - خدم المنازل .
 - و - عمال الاستصناع (العمال الذين يعملون في منازلهم) .
 - ز - افراد اسرة صاحب العمل الذين يعيشون معه تحت سقف واحد وذلك بالقدر الذى يعملون فيه لحسابه .
 - ح - العمال الأجانب الذين يفترض ان مدة عملهم في المملكة العربية السعودية لا تزيد على السنة ، وذلك بالنسبة لفرع المعاشات فقط .

- غير انه يمكن بقرارات تتخذ من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المسئول وفق احكام المادة (٦) من هذا النظام ان يخضع للتأمين كل او بعض من الفئات المذكورة في البنود (ح، ز) من الفقرة السابقة ، او تقرير استثناء مؤقت من التأمين لفئات معينة من العمال المؤقتين او الذين يعملون في اعمال عرضية او العمال المأجورين الذين يستفيدون من انظمة خاصة .

وبين مما تقدم انه وان كانت القاعدة العامة تطبيق احكام النظام على جميع العمال الا ان المشرع رأى تقديرا لبعض الاعتبارات استثناء بعض الوظائف التى حددها على سبيل الحصر .

فقد استثنى نظام التأمينات الاجتماعية موظفى الدولة العاملين وافراد القوات المسلحة والشرطة من تطبيق احكامه عليهم لخضوعهم لانظمة خاصة لمعاشات موظفى الدولة والعسكريين ولوجود قواعد تكفل تأمينهم ضد نفس المخاطر الذى كفل نظام التأمينات الاجتماعية تأمين العمال ضدها .

وكذلك نص النظام على ان لا يسرى على الموظفين الأجانب الذين يعملون فى البعثات الدولية او السياسية او العسكرية الأجنبية .

وعدم خضوع هذه الطائفة من الأشخاص لنظام التأمينات الاجتماعية لا يرجع الى انه لا يصدق عليها وصف العمال ، ذلك ان صفة العامل تصدق على هؤلاء الأشخاص لأنهم يعملون لدى البعثات الدبلوماسية او القنصلية التى تتبعها ، وتحت اشرافها لقاء اجر ، ولكن عدم خضوعهم للنظام يرجع الى قواعد العرف الدولى ومبدأ المعاملة بالمثل هذا بالاضافة الى انهم يخضعون لنظام تأمينات اجتماعية خاصة بهم وفقا لقوانين بلادهم .

كذلك استثنى نظام التأمينات الاجتماعية من الخضوع لاحكامه العمال المأجورين المستخدمين فى الأعمال الزراعية او الحراجية او اعمال الرعى والأعمال المشابهة .

وهؤلاء الأشخاص وان كان يصدق عليها وصف العمال ، الا انهم لا يستفيدون من نظام التأمينات الاجتماعية ، لصعوبات عملية واضحة تعترض

تطبيق النظام عليهم واهم هذه الصعوبات ترجع الى انتظامهم في العمل وعدم استقرار احوالهم المعيشية على نحو لا يمكن من تحصيل اشتراكات منتظمة وكافية منهم بحيث يعتمد عليها في تمويل التأمينات الاجتماعية اللازمة لهم على الأقل في الوقت الحاضر اذ تجيز المادة (٥) بند (٢) اخضاعهم للنظام بقرار من مجلس الوزراء بناءً على عرض الوزير المستول .

ويتصل بالاستثناء سالف الذكر ما نصت عليه المادة (٣) من نظام العمل السعودي من استثناء الأشخاص الذين يعملون في المراعى او المزرعة من تطبيق نظام العمل عليهم وذلك لأن الظروف الاقتصادية والاجتماعية السائدة في قطاعى الزراعة والرعى في المملكة قد تتلاءم من حيث بساطتها مع تطبيق احكام نظام العمل لذلك كان منطقيا ان تستثنى هذه الطائفة ايضا من تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية عليها لنفس الاعتبارات . كذلك استثنى المشرع من نظام التأمينات الاجتماعية طائفة البحارة بما فيهم الصيادون البحريون لنفس الأسباب التى حدثت به الى استثناء طائفة العمال المأجورين المستخدمين في الأعمال الزراعية او الحراجية او اعمال الرعى والأعمال المشابهة والتى سبق ان اشرنا اليها . ومن الطوائف المستثناءة من تطبيق احكام نظام التأمينات الاجتماعية ايضا طائفة خدم المنازل ويمكن في هذا الخصوص تعريف الخادم بأنه الشخص الذى يؤدى اعمالا « مادية » لدى صاحب العمل او لدى اسرة صاحب العمل ، وفى المكان المعد لسكنى من يتولى خدمته ، بما يجعله قريب الصلة باساره ، وقد ضيق اللائحة التنفيذية لنظام التأمينات الاجتماعية من مفهوم الخادم فى تطبيق احكامها اذا اعتبرت الخادم هو من يقوم بالخدمة المنزلية بالبحث فلا يعتبر خادما وفقا لأحكامها السائق الخصوصى وسائر العاملين بالابنية كالحراس وعمال المصاعد وعمال الحدائق على نحو ما سبق ان اشرنا اليه عند دراستنا لنظام العمل والعمال وبصدد التفرقة بين مفهوم الخادم فى النظام الأخير ومفهوم الخادم فى نطاق تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية .

ولا ينصرف اصطلاح الخادم بداهة الى حارس العمارة الاستغلالية ، ومن ثم

يخضع هذا الحارس لأحكام نظام التأمينات الاجتماعية .
اما عمال الاستصناع ، او اولئك العمال الذين يعملون في منازلهم ، فقد
استثناهم المشرع من احكام نظام التأمينات الاجتماعية لأنهم لا يتبعون في
اعمالهم لاصحاب عمل ، ولا يعملون تحت اشرافهم او ادارتهم ومن ثم فمن غير
الممكن اخضاعهم لاحكام النظام المذكور .

وقد حرص المشرع في نظام التأمينات الاجتماعية كذلك على استثناء افراد
اسرة صاحب العمل الذين يعيشون معه تحت سقف واحد من الخضوع لأحكام
النظام المذكور وذلك بالقدر الذى يعملون فيه لحسابه ، لأن صلة القربى التى
تجمع هؤلاء الأفراد بصاحب العمل خير حماية لهم باعتبارهم عمالا لديه وقد
ارتأى المشرع وحسنا فعل الا يتدخل بالزام رب العمل بدفع اشتراكات تأمين
لهم ، ومع ذلك فقد اجاز النظام فى المادة (٥) بند (٢) اخضاعهم لأحكامه
بقرار يصدر من مجلس الوزراء .

وقد استثنى المشرع أخيراً من الخضوع لأحكام النظام طائفة العمال الأجانب
الذين يفترض ان مدة عملهم فى المملكة العربية السعودية لا تزيد على السنة ،
وذلك بالنسبة لفرع المعاشات فقط .

وقد استثنت هذه الطائفة من احكام نظام التأمينات نظرا لقصر مدة عملهم
بالمملكة العربية السعودية ، ولعدم كفاية اقساط التأمين التى يقومون بدفعها
للهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية خلال تلك المدة لتمويل ما قد يحصلون عليه
من مزايا مادية .

المطلب الثاني

المعايير الخاصة بالترقية بين الخاضعين
للنظام والمستثنين من احكامه

درج النظام واللائحة التنفيذية وقرارات وزير العمل والشؤون الاجتماعية
على استعمال اصطلاحات معينة تخلع على الخاضعين لأحكام النظام والمستثنين

من احكامه .

وقد حددت المادة (٢) من اللائحة التنفيذية لنظام التأمينات الاجتماعية المعاني المقصودة من تلك المصطلحات بشأن المتفعين بالنظام ، والمستثنين من الخضوع لأحكامه ، وقد وضعت بذلك معايير خاصة لا بد من الاستئناس بها عند تطبيق احكام النظام على المتفعين به او عند استثناء البعض من الخضوع له على النحو التالي :

اولا : العامل الدائم :-

جاء في اللائحة المذكورة ان العامل الدائم هو العامل الذى يؤدى اعمالا دائمة بطبيعتها ، وتتصل بنشاط صاحب العمل الذى يعمل لديه ، ودون ان تنتهى هذه الأعمال بانتهاء العملية القائم بها .

ثانيا : العامل المؤقت :-

هو العامل الذى يرتبط عقد عمله باداء عمل مؤقت بطبيعته ، ايا كانت مدّة عقد العمل ، مثل عمال المقاولات والعمال الموسمين .

ثالثا : العامل العرضى :-

هو العامل الذى يستخدم لأداء عمل لا يدخل عادة فى نشاط صاحب العمل ولدة لا تزيد عن ثلاثة اشهر متصلة .

رابعا : العامل الذى يؤدى عمله بصورة رئيسية داخل المملكة العربية السعودية :-

ويكون ذلك فى حالتين :

- ١ - اذا كان مقر عمله بالمملكة ، ولم يكن وجوده بها عرضيا دون نظر الى مقر صاحب العمل سواء بالداخل ام الخارج ، وايا كانت جنسية العامل .
- ب - اذا كان العامل سعودي الجنسية ، وايرم عقد عمله مع صاحب عمل مقره الرئيسى بالمملكة ، سواء كلف ابتداء اوفيا بعد بتأدية عمل لصالح صاحب العمل بالخارج وسواء كان هذا التكليف لمدة محددة او غير محددة .

خامسا : الأجنبى :-

يقصد نظام التأمينات الاجتماعية بالعامل الأجنبى المستثنى من الخضوع لاحكامه من يعمل فى بعثة دولية او سياسية او عسكرية اجنبية .

سادسا : العامل المستخدم فى الأعمال الزراعية :-

وهو كل من يعمل فى اى مهنة او عمل يدخل فى مجال الأعمال الزراعية مثل فلاحه الأرض او حراسة المحصول او تشغيل الآلات الزراعية او اصلاحها او الأعمال الادارية اللازمة لادارة الزراعة . وهذا العامل مستثنى من الخضوع لأحكام نظام التأمينات الاجتماعية كما سلف القول .

على ان هذا الاستثناء لا يمتد الى الأشخاص الذين يشتغلون فى المنشآت الزراعية التى تقوم بتصنيع منتجاتها . وبالتالى فان هؤلاء الأشخاص يخضعون لأحكام نظام التأمينات الاجتماعية ، ما دام ان تلك المنشآت تقوم حقيقة بتصنيع المنتجات الزراعية بالمعنى الصحيح مثل صنع شراب الفاكهة او تعليب الشار بعد اعدادها لذلك او تجفيفها . اما مجرد تهيئة المنتجات الزراعية للبيع او للتصدير مثل تغليفها او تسويق وضعها وعرضها ، فانه لا يعتبر تصنيعا لهذه المنتجات .

سابعا : البحار :-

وهو كل من يعمل فوق السفن البحرية للنقل او الصيد من غير العاملين فى مقر صاحب العمل الذى اتخذ الأعمال البحرية او الصيد حرفة له . على أنه اذا نقل اى من العمال الذين يعملون فى مقر صاحب العمل على البر الى الأعمال البحرية لدى هذا الأخير فانه يبقى منتفعا بنظام التأمينات الاجتماعية متى كان مطبقا عليه من قبل اما البحار فانه لا يخضع للنظام المذكور الا اذا نقل للعمل على البر بصفة دائمة ، ويكون خضوعه من تاريخ استقرار عمله على اليابسة .

ثامنا : خادم المنزل :-

وهو الشخص الذى يعمل بالخدمة المنزلية البحتة وهو مستثنى من الخضوع لأحكام نظام التأمينات الاجتماعية وذلك على نحو ما ذكرنا من قبل .

تاسعا : اسرة صاحب العمل :-

هى التى تعيش تحت رعايته وتحت سقف واحد ، وافراد هذه الأسرة هم الذين يعيشون فى رعاية صاحب العمل وفى كتفه ، دون نظر الى مكان اقامة اى منهم وهم : الزوجة او الزوجات ، والأبناء والإخوة الذين تقل اعمارهم عن عشرين سنة ، والبنات والأخوات غير المتزوجات ، والولدان ، وهم مستثنون من تطبيق احكام نظام التأمينات الاجتماعية عليهم .

عاشرا : العامل الأجنبى :-

هو العامل الذى لم تبلغ مدة خدمته او مجموع مدد خدمته بالمملكة العربية السعودية سنة ، وهو مستثنى من تطبيق احكام التأمينات الاجتماعية بالنسبة لنوع المعاشات .

على انه اذا زادت المدة او مجموع المدد عن السنة ، طبق فى شأن ذلك العامل احكام النظام ، وذلك عن المدة التالية لتاريخ بدء السنة الثانية حتى نهاية التعاقد عليها .

المبحث الثانى : التطبيق الإقليمى لنظام التأمينات الاجتماعية

يبين من احكام المادتين (١) و (٤) من نظام التأمينات الاجتماعية والذى سبق ان اشرنا اليهما ان نظام التأمينات الاجتماعية الزامى بالنسبة للعمال واصحاب الأعمال الخاضعين لاحكامه وان جميع الالتزامات المتعلقة باخطار المؤسسة وبالاشتراك فيها ، ودفع الأقساط المستحقة لها ، وكذلك التزامات المؤسسة باداء التعويضات والمعاشات المستحقة ، التزامات تنبع عن نظام التأمينات الاجتماعية مباشرة .

وقد سبق ان ذكرنا ان نظام التأمينات الاجتماعية اقليمى التطبيق ويتعلق بالنظام العام .

ومقتضى اقليمية تطبيق هذا النظام سريانه على كل اقليم الدولة وعلى عدم سريانه خارج حدودها ولو تعلق الأمر بمواطنين سعوديين .

اما مقتضى اعتبار احكام النظام المذكور متعلقة بالنظام العام فهو عدم امكان الاتفاق على عكسها وقد نصت على هذا الحكم المادة (٦٠) من النظام المذكور اذ قررت ان كل اتفاق او تسوية تخالف احكامه وتصدر من يشملهم تعتبر باطلة اذا كان من شأنها ان تضر بحقوق المستفيدين او ان تحمل المؤمن عليهم وافراد عائلاتهم التزامات اضافية .

بل ان المشرع اعانانا في تأكيد تعلق احكام هذا النظام بالنظام العام نص على عقاب صاحب العمل الذى لا يتقيد باحكام هذا النظام وبتدابيره التنفيذية بغرامة تتراوح بين (١٠٠) الى (٥٠٠) ريالاً واذا سبق ان كان قد حكم عليه بمخالفة النظام المذكور فيمكن ان تزداد الغرامة حتى الضعف وتتعدد الغرامة بعدد العمال المؤمن عليهم الذين ارتكب صاحب العمل بصددهم مخالفة او اكثر على ان لا يزيد مجموع الغرامات المفروضة على خمسة الاف ريال . (انظر المادة ٥٩ بند ١)

وفي جميع الحالات التى حلت فيها التأمينات الاجتماعية محل المسؤولية المدنية العادية عن اصابات العمل ، لم تعد هناك اية علاقة مباشرة بين صاحب العمل والعامل ، وقد حلت محلها فكرة التأمين التى تركز على العلاقة بين صاحب العمل والمؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية ، ويلتزم بموجبها صاحب العمل باداء اقساط التأمين لهذه المؤسسة ويدفع مبلغ التأمين المستحق عن العامل على ان تكون العلاقة كذلك مباشرة بين العامل والمؤسسة .

ولا يجوز ان يخضع اى عامل لنظامين من انظمة التأمينات الاجتماعية فى وقت واحد لما يترتب على ذلك من ارهاق للعامل ، واهاق لصاحب العمل ايضا فى دفع اقساط التأمين لدى جهتين مختلفتين ، ولذا فان رب العمل لا يلزم الا بدفع الاشتراكات وفقاً للنظام الصادر فى المملكة فى ١٣٨٩/٩/٦ فقط .

واذا انتقل العامل الذى يخضع لنظام التأمينات الاجتماعية السعودى ليعمل

خارج المملكة العربية السعودية ، فان استمرار خضوعه لهذا النظام انما يتوقف على ما اذا كان قد ترك عمله في المملكة بصفة مؤقتة او بصفة دائمة . فاذا كان قد ترك عمله بصفة مؤقتة ، فان هذا الترك لا يحول ابدا دون استمرار سريان نظام التأمينات الاجتماعية عليه . اما اذا كان قد ترك العمل بالمملكة بصفة دائمة ، فلا يسرى عليه ذلك النظام بعد تركه العمل مع حفظ حقه فيما يكون له من مبالغ مستحقة لدى الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية بالمملكة نتيجة عمله السابق .

والعبرة في تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية ان تكون المملكة هي مكان تنفيذ العمل بصرف النظر عن مكان ابرام عقد العمل وعلى هذا يسرى النظام على عقود العمال المتقدمين من الخارج اذا تم ابرام عقودهم في الخارج لأداء بعض الأعمال داخل اقليم المملكة .



الباب الثاني

دور المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية من تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية

يتولى تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية في المملكة العربية السعودية مؤسسة عامة ذات شخصية اعتبارية مستقلة هي المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية .
وهذه المؤسسة فضلا عن توليها الاشراف الكامل على نظام التأمينات الاجتماعية تعتبر في الوقت نفسه طرفا دائما في جميع العلاقات التي يحكمها نظام التأمينات الاجتماعية اذ تتولى تحصيل الاشتراكات من ارباب الأعمال ، كما تتولى تعويض العمال المستحقين وفقا لأحكام النظام .

الفصل الأول

تكوين مؤسسة التأمينات الاجتماعية

نصت الفقرة الأولى من المادة (٩) من نظام التأمينات الاجتماعية على ان « تحدث مؤسسة عامة للتأمينات الاجتماعية للعمال تقوم على ادارة التأمينات الاجتماعية المحدثة بموجب هذا النظام وتمتع المؤسسة بالشخصية الاعتبارية والاستقلال الادارى والمالى وهى بضمان الدولة وتخضع لاشرفائها ».

ونصت الفقرة الثانية من المادة سالفة الذكر على أن « يكون مقر المؤسسة العامة مدينة الرياض ويمثلها مديرها العام امام القضاء وامام اية جهة اخرى ».

كما نصت الفقرة الثالثة على ان « تشمل الدوائر الادارية للمؤسسة العامة مديرية عامة ومكتبا رئيسيا في كل منطقة ومكاتب فرعية تحدث بقرارات من مجلس الادارة حسب الحاجة ومقتضيات الادارة وتتبع المكاتب الفرعية المكتب الرئيسي الذى تقع في منطقة عمله ».

وبين من نص المادة (٩) من نظام التأمينات الاجتماعية سالفة البيان ان المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية في المملكة العربية السعودية قد انشئت تنفيذا لنظام التأمينات الاجتماعية وانها مؤسسة عامة تتمتع بالشخصية الاعتبارية المستقلة وان لها اختصاصات السلطة العامة لتحقيق الأغراض التى أنشئت من اجلها ، وفي الحدود التى يعينها القرار الصادر بانشائها وان كانت تمارس عملها تحت اشراف الدولة وفي ضماها الا انها تتمتع باستقلال مالى وادارى وقد نص النظام على ان تعتبر مدينة الرياض مقرا للمؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية كما نص على ان يمثل هذه المؤسسة مديرها العام امام القضاء وامام اية جهة اخرى .

وطبقا لنص المادة (١٠) من نظام التأمينات الاجتماعية يقوم على ادارة المؤسسة مجلس ادارة يتكون من احد عشر عضوا من بينهم رئيس مجلس ادارة المؤسسة ، ويشكل مجلس الادارة على الوجه التالى :

- ا - اربعة اعضاء يمثلون الحكومة ، منهم ممثل على الأقل من الوزارة .
- ب - ثلاثة اعضاء من المؤمن عليهم ، ومن ذوى الكفاءات العليا في اعمالهم .
- ج - ثلاثة اعضاء من اصحاب العمل .
- د - المدير العام للمؤسسة العامة .

ويكون تعيين رئيس مجلس ادارة المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية ونائبى الرئيس واعضاء المجلس بقرار من مجلس الوزراء ، وبناء على اقتراح الوزير

المسئول وذلك عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة (١٠) من نظام التأمينات الاجتماعية .

ويشترط ان يكون رئيس مجلس ادارة المؤسسة من بين ممثلى وزارة العمل .
كما نصت الفقرة الثالثة من المادة (١٠) من نظام التأمينات الاجتماعية على ان مدة العضوية فى مجلس ادارة المؤسسة ثلاث سنوات قابلة للتجديد وذلك بالنسبة لجميع اعضاء هذا المجلس بما فى ذلك رئيسه ونائبه .

وتسقط العضوية من اعضاء مجلس ادارة المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية بما فيهم رئيس مجلس الادارة ونائباه فى الحالات الآتية :
اولا : اذا تغيب عضو المجلس عن حضور اربع جلسات متتالية من جلسات المجلس بغير سبب او عذر مقبول او اذا استحال على العضو ممارسة وظيفته كعضو فى المجلس مدة لا تقل عن ستة شهور متصلة .

ثانيا : اذا حكم على العضو بعقوبة جرمية من الجرائم المالية او الجرائم المخلة بالشرف او المصلحة العامة .

ويكون سقوط العضوية فى جميع الأحوال بقرار من وزير العمل والشؤون الاجتماعية . كما تسقط العضوية بالنسبة الى ممثلى اصحاب العمل اذا اعلن افلاسهم .

وفى حالة غياب رئيس مجلس ادارة المؤسسة العامة للتأمينات ، يحل محله نائب الرئيس الأكبر سناً ، ثم يلى بعده ، وحال غيابه نائب الرئيس الثانى .
وللوزير المسئول عن المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية ان يحضر جلسات مجلس الادارة وفى هذه الحالة تكون له رئاسة المجلس .

ويعقد مجلس الادارة جلسة عادية مرة فى الشهر على الأقل ، وذلك بناء على دعوة من رئيسه ، كما يعقد المجلس جلسات استثنائية اذا ما رأى رئيس مجلس الادارة ضرورة لذلك او بناء على طلب مقدم من الوزير المختص او من قبل سبعة اعضاء على الأقل من اعضاء المجلس .

ويتخذ مجلس الادارة قراراته بأكثرية الأصوات ، وبحضور سبعة اعضاء على الأقل وبشرط الا يقل - في جميع الأحوال - عدد الأعضاء المقترعين الى جانب القرار عن اربعة .

هذا ويجوز لمجلس الادارة الاستعانة بأهل الخبرة أو بالمختصين وذلك بدعوتهم للاشتراك في اجتماعات المجلس ، ولكن لا يخولهم هذا الاشتراك حق التصويت .

وينبغى احوالة القرارات الصادرة من مجلس الادارة الى الوزير المسئول خلال مدة ثمانية أيام من تاريخ اقرارها . فاذا لم يصدر قرار وزاري خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الاحالة أصبحت هذه القرارات نافذة المفعول .

ويجوز للوزير المسئول ان يعيد الى مجلس الادارة القرارات التى يرى مخالفتها للنظام العام أو يسرى تعارضها مع اللوائح المعمول بها .

كما يجوز للوزير المسئول ان يعيد هذه القرارات اذا كان من شأنها الاخلال بالتوازن المالى لنظام التأمينات الاجتماعية .

وتسجل القرارات التى يعيدها الوزير المسئول الى المجلس فى جدول اعمال الجلسة التالية لهذا المجلس لمناقشتها . وفى هذه الحالة يتعين على مجلس الادارة العول عن القرارات التى اعيدت اليه ، ولا يمكنه ان يصر عليها الا اذا صوت الى جانبها سبعة اعضاء على الاقل من الأعضاء الحاضرين والذين لهم حق التصويت على القرارات التى يتخذها المجلس .

وقد تناولت المادة (١٢) من نظام التأمينات الاجتماعية اختصاصات مجلس ادارة المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية ، وحصرتها فى المسائل الآتية :

١ - الاشراف على حسن تنفيذ النظام واللوائح النافذة ، واتخاذ كل اجراء أو تدبير يراه ضروريا من اجل ان يحقق النظام اهدافه المرجوة منه ، وضمان حسن سير العمل فى المؤسسة .

٢ - اقرار اللوائح التطبيقية تمهيدا لعرضها على الوزير المسئول للتصديق عليها .

٣ - تحديد نطاق التطبيق الأولى للنظام طبقا للاحكام الواردة في المادة (٦) من نظام التأمينات الاجتماعية ، وكذلك تحديد المراحل التالية من اجل توسيع هذا النظام ، وتقرير انشاء المكاتب الرئيسية ، والفروع المحلية للمؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية .

٤ - اقرار الخطة الحسائية ، وكذلك الميزانية ، والتقرير المالى ، وحساب الأرباح والخسائر السنوية للمؤسسة .

٥ - ابداء الرأى فى جميع المسائل التى يحيلها الوزير المسئول أو المدير العام للمؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية إلى المجلس .

٦ - وضع الخطة العامة اللازمة لاستثمار اموال المؤسسة والتصديق على مجالات التوظيف التى يرى المجلس فائدتها ضمن نطاق هذه الخطة .

٧ - ممارسة المهام الاخرى التى يعهد النظام الى المجلس بممارستها أو تعهد اليه بذلك اللوائح الصادرة تطبيقا لهذا النظام أو أية نصوص تشريعية اخرى . وتنص المادة (١٣) من نظام التأمينات الاجتماعية على أن تشكل لجنة مراقبة مكونة من رئيس وعضوين ، يعين رئيسها من قبل الوزير المسئول ، ويعين احد العضوين من قبل وزير المالية ، والآخر من قبل محافظ مؤسسة النقد . وقد نص أيضا على أن مدة هذه اللجنة سنتان ، ولا يجوز تجديدها اكثر من مرتين متعاقبتين .

وتختص لجنة المراقبة بالمسائل الآتية :

١ - مراقبة اعمال الادارة المالية للمؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية .
٢ - ابداء الرأى فيما يتعلق بالموازنة السنوية للمؤسسة وحسابها ، وذلك قبل عرضها على مجلس الادارة ، والتحقق من صحتها من الناحية النظامية ، ومن ناحية صدق محتوياتها .

٣ - ابداء الرأى فيما يتعلق بتوظيف الاموال واستثمارها .

٤ - ابداء الرأى فى مشروع النظام المالى والحسابى ، وكذلك فى الخطة الحسائية للمؤسسة ، والمقترحة من قبل المدير العام .

٥ - التحقق من صحة دفاتر المحاسبة .

٦ - ممارسة الاختصاصات الاخرى التى يمكن أن يعهد بها اليها - أى الى لجنة المراقبة - وذلك بموجب النظام أو اللوائح الصادرة تطبيقا له .

وقد أوجبت الفقرة الثالثة من المادة (١٣) آنفة الذكر على لجنة المراقبة وضع تقرير فى نهاية الشهر السادس من كل دورة مالية تبين فيه ملاحظاتها على نشاط المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية خلال الستة شهور المنصرمة .

كما اوجبت تلك الفقرة أيضا على اللجنة وضع تقرير سنوى فى نهاية الدورة . وتحال بعد ذلك تقارير اللجنة فور صدورهما الى الوزير المسئول والى كل من مجلس الادارة ومدير عام المؤسسة .

ومدير شؤون المؤسسة العامة للتأمينات العامة مدير عام يعين لمدة غير محددة بموجب قرار يصدر من مجلس الوزراء وذلك بناء على ترشيح الوزير المسئول .

ويكون عزل المدير العام بنفس الطريقة أو بناء على اقتراح مجلس ادارة المؤسسة بقرار يصدر منه بأكثرية سبعة اصوات على الأقل .

ويختص مدير عام المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية بالمسائل الآتية :

١ - تأمين تنفيذ قرارات مجلس ادارة المؤسسة ، واعتباره مسئولا مباشرا ، أمام هذا المجلس .

٢ - ادارة مصالح المؤسسة ، ورئاسة موظفيها الذين عليهم الالتزام بالتقيد بأوامره وتوجيهاته وتعليماته .

٣ - القيام بالاعمال الادارية والمالية التى لا تدخل صراحة فى اختصاصات اجهزة اخرى وسهره بصورة عامة على حسن سير اعمال المؤسسة .

وخولت المادة (١٤) آنفة الذكر المدير العام أن يعهد اليه بممارسة بعض اختصاصاته لمعاونيه أو لموظفين آخرين فى المؤسسة .

وقد نصت المادة (١٥) من نظام التأمينات الاجتماعية على أن يحدد مجلس الادارة - وبناء على اقتراح مدير عام المؤسسة - الجهاز الادارى للمديرية

والمكاتب الرئيسية والفرعية التى تتبع المؤسسة ، وكذلك تحديد عدد الموظفين بحسب فئاتهم ودرجاتهم ورواتبهم .
وتحدد شروط تعيين وتأديب هؤلاء الموظفين كما تحدد حقوقهم وواجباتهم وانهاء خدمتهم بمقتضى لائحة يصادق عليها مجلس ادارة المؤسسة .
ويتولى وزير العمل - بموجب نص المادة (١٦) من نظام التأمينات الاجتماعية الاشراف باسم الدولة على المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية .
وللوزير - بالإضافة الى سلطاته واختصاصاته الممنوحة له والمنصوص عليها فى هذا النظام واللوائح الصادرة تنفيذا له - ان يطلب من المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية اعطاء ، ما يشاء من معلومات ، وعليها ان تضع تحت تصرفه ، الدفاتر والملفات والوثائق التى يراها ضرورية لممارسة هذا الاشراف .
وتلتزم المؤسسة - تحقيقا لذات الغرض - بأن تقدم للوزير المسئول فى نهاية كل عام تقريرا عن الاعمال التى انجزت خلال العام المنصرم .

الفصل الثانى

موارد المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية ونشاطها المالى

تتكون موارد المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية وفقا للمادة (١٧) من النظام مما يأتى :

- ١ - اشتراكات اصحاب العمل ، والمؤمن عليهم المنصوص عليها فى المادة (١٨) من النظام وتحدد هذه المادة فى فقرتها الاولى اشتراكات فرع الاخطار المهنية بمقدار اثنين فى المائة من اجر المؤمن عليه الذى يخضع للاشتراك . ويقع دفعها على عاتق صاحب العمل وحده .

على انه يمكن زيادة معدل هذا الاشتراك الى الضعف بالنسبة الى اصحاب العمل الذين يرفضون التقيد بالتعليمات الصادرة عن السلطات المختصة في موضوع سلامة العمال وصحتهم . وتحدد اجراءات تطبيق هذا الحكم الأخير بمقتضى لائحة خاصة .

وحددت المادة (١٨) في فقرتها الثانية اشتراك فرع المعاشات بمقدار ثلاثة عشر في المائة من الأجر ، منها ثمانية في المائة يقع دفعها على كاهل صاحب العمل وخمسة في المائة يلتزم بدفعها المؤمن عليه .

وقد أجازت الفقرة الثالثة من المادة (١٨) آفة الذكر تعديل نسب الاشتراكات المنصوص عليها في الفقرتين الاولى والثانية لهذه المادة ، وذلك بمقتضى قرار يصدر من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المسئول وبعد أن يبدى مجلس ادارة المؤسسة رأياً معللاً ومستنداً الى دراسة .

كما تتكون الموارد من الاشتراكات الأخرى التي تفرض لتمويل فروع أخرى للتأمين أو أنواع أخرى من التعويضات بموجب أنظمة خاصة طبقاً لاحكام الفقرة الثانية من المادة (١) من هذا النظام .

٢ - الاعانات السنوية المقدمة من الدولة ، والتي تدرج في الميزانية العامة بناء على اقتراح الوزير المسئول .

٣ - المبالغ الاضافية المنصوص عليها في الفقرة الرابعة من المادة (١٩) من نظام التأمينات الاجتماعية مقابل التأخر في دفع الاشتراكات المستحقة .

٤ - الارباح الناتجة من استثمار اموال المؤسسة العامة .

٥ - الهبات والوصايا المتبرع بها للمؤسسة العامة .

٦ - الموارد الأخرى التي تحتص المؤسسة العامة بمقتضى نظام او لائحة .

وقد نصت المادة (١٩) من النظام على أن تحسب الاشتراكات المنصوص عليها في المادة (١٨) من نظام التأمينات الاجتماعية على اساس مجموع الأجور التي يقبضها المؤمن عليه والمنافع التي تقدم له بصورة عينية ، وتقدر هذه المنافع بموجب قرار يصدر من الوزير المسئول بناء على اقتراح مجلس ادارة

المؤسسة ويجوز أن يحدد في لائحة مبلغ الاشتراكات التي يستوجب دفعها لمصلحة العامل المدرج الذي لا يستوفى اجرا ، وأن تنص هذه اللائحة على أن يعفى من دفع الاشتراكات بعض فئات البدلات أو المنح التي تدفع للمؤمن عليه زيادة على الأجر الاساسى الذى يخضع لخصم الاشتراكات .

ويجوز أن ينص فى اللائحة على ان تحسب الاشتراكات المستحقة عن أشهر السنة المالية على أساس الأجور المقبوضة والخاصة للاشتراك خلال أول شهر من السنة ، أو ينص على اشتراكات مقطوعة بدفعة واحدة ، أو على اشتراكات تحدد بحسب درجات الأجور وذلك بالنسبة لبعض فئات العمال . وفى هذه الحالة تحسب التعويضات التى يستحقها المؤمن عليه على أساس الأجور المتفق عليها ، والتى حددت بموجبها مبالغ الاشتراكات المستحقة وذلك نزولا على حكم البند (٣) من المادة (١٩) من نظام التأمينات الاجتماعية .

ويلتزم صاحب العمل بدفع الاشتراكات المستحقة عليه وعلى العامل المؤمن عليه الذى يتبعه الى المؤسسة العامة .

ويعتبر صاحب العمل هو المسئول وحده قبل المؤسسة العامة عن دفع قيمة هذه الاشتراكات . ولصاحب العمل مقابل ذلك ، أن يقتطع من أجر المؤمن عليه ما يقع على عاتقه من اشتراك . وإذا أهمل صاحب العمل اقتطاع هذا الاشتراك لدى قيامه بدفع الأجور ، فليس له بالتالى حق اقتطاع قيمته فيما بعد بأى صورة من الصور (مادة ١٩ بند ٤) .

ويجب دفع الاشتراكات للمؤسسة العامة خلال الخمسة عشر يوما الاولى من الشهر الذى يلى الشهر الذى استحق عنه الاشتراك . وإذا لم يتم دفع الاشتراك خلال هذه المدة التزم صاحب العمل بدفع اضافة قدرها إثنان فى المائة من قيمة الاشتراك المستحق عن كل شهر أو جزء من الشهر الذى حصل فيه التأخير (مادة ١٩ بند ٥) .

ويلاحظ أن تجديد ترخيص اى مشروع من المشروعات رهن بتقديم صاحب العمل شهادة صادرة عن المكتب الرئيسى المختص فى المؤسسة العامة

تثبت تسجيل المشروع في هذه المؤسسة ، وانه أيضا قد قام بجميع التزاماته ، أو انه لا يخضع لأحكام نظام التأمينات الاجتماعية . (مادة ١٩ بند ٦) .
ويتعين على اصحاب العمل أن يقدموا الى المؤسسة العامة ، وفق النماذج المحددة من قبلها ، جداول شهرية بالاجور ، وذلك ضمن المهلة المحددة في الفقرة (٥) من المادة (١٩) من نظام التأمينات الاجتماعية . (مادة ١٩ بند ٨) .

والجدير بالذكر أن جباية الاشتراكات والاضافات التي تفرض للتأخر في دفع هذه الاشتراكات مضمونة بحق امتياز لصالح المؤسسة العامة . وهذا الحق يأتي مباشرة في الدرجة بعد امتياز استيفاء الأجور . (المادة ٢٠) .
ولكل نوع من فروع التأمين التابعة للمؤسسة العامة ادارة مالية منفصلة ، كما أن له حسابات خاصة به .

ويتولى مجلس ادارة المؤسسة العامة تحديد ما يصيب كل فرع من هذه الفروع من نفقات الادارة ، كما يتولى مجلس الادارة أيضاً تحديد قواعد توزيع الموارد التي لا تخص فرعاً معيناً ، على مختلف الفروع .
ولا يجوز أن تتجاوز النفقات الادارية للمؤسسة العامة ثمانية في المائة من الموارد الناتجة عن الاشتراكات المدفوعة من قبل اصحاب العمل والمؤمن عليهم . غير أن لمجلس الوزراء - بناءً على اقتراح الوزير المسئول - أن يخفض هذه النسبة أو أن يزيدها الى عشرة في المائة على الأكثر . (مادة ٢٤) .
وتتضمن اللائحة المالية للمؤسسة العامة تنظيم المسائل التالية :

أولاً : الميزانية والحساب السنويين .

ثانياً : الحسابات .

ثالثاً : الأموال الاحتياطية الواجب رصدها (أموال احتياطى الأمان والاحتياطى الفنى وكذلك الأموال الموضوعة للتداول) .

رابعاً : استثمار الأموال .

خامسا : أى مسألة أخرى لها علاقة بالادارة المالية للمؤسسة العامة ،
والتي لم ينص عليها في هذا النظام . (مادة ٢٥) .
وطبقا للمادة (٢٦) من نظام التأمينات الاجتماعية ، يجب أن تجرى دراسة
مفصلة للحالة المالية للمؤسسة العامة بحسب كل فرع من فروع التأمين وذلك
مرة واحدة على الأقل في كل ثلاث سنوات . ويمكن أن تتخذ نتيجة ، هذه
الدراسة أساسا لاعادة النظر في معدل الاشتراكات المشار إليها في الفقرة الثالثة
من المادة (١٨) من نظام التأمينات الاجتماعية . وإذا أظهرت الدراسة عجزا
الترمت الدولة بسد قيمة هذا العجز عن طريق اعانات ترصدها في الميزانية
العامة .

وقد نصت المادة (٢٣) من نظام التأمينات العامة على أن الدورة المالية
للمؤسسة هي السنة الهجرية .



الباب الثالث

تحذير إصابات العمل والأمراض المهنية الخاضعة للنظام

يعتبر تحديد ما بعد إصابة عمل ، وما يعتبر من امراض المهنة من ادق المسائل التى يثير تحديدها الكثير من الخلافات اذ يترتب على اعتبار إصابة ما إصابة عمل ، أو على اعتبار مرض ما من أمراض المهنة تمتع العامل بالمزايا التى نص عليها النظام فى المادتين (٢٧) و (٢٨) على نحو ما سنرى فيما بعد . وقد عرض النظام لبيان ما يعتبر من إصابات العمل ، وما يعتبر من أمراض المهنة .

فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٢٧) من نظام التأمينات الاجتماعية على أن (تعتبر إصابة عمل كل إصابة تحدث للمؤمن عليه بتأثير العمل أو من جراء ممارسة العمل مهما كان سببها . كما تعتبر إصابة عمل أيضا كل إصابة تحدث للمؤمن عليه اثناء طريقه من مسكنه الى محل عمله وبالعكس أو اثناء طريقه من محل عمله الى المكان الذى يتناول فيه عادة طعامه وبالعكس ، على شرط أن يكون الطريق الذى يسلكه لم يتغير اتجاهه أو لم يتوقف خلال مروره فيه لغرض تمضية مصلحته الشخصية أو مصلحة لا تمت لعمله بصلة . وتعتبر بنفس الصفة الاصابات التى تحدث اثناء تنقلات المؤمن عليه التى يقوم بها بناء على تعليمات صاحب العمل أو اثناء السفر المدفوعة تكاليفه من قبل صاحب العمل) .

أما بالنسبة لأمراض المهنة فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (٢٧) على أن (الأمراض المهنية المحددة وفق الأصول المنصوص عليها في الفقرة الآتية تعتبر في حكم اصابات العمل . كما يعتبر تاريخ اول مشاهدة طبية للمرض بحكم تاريخ وقوع الاصابة) .

ويتم تحديد ما يعتبر من امراض المهنة وفق ما تقضى به الفقرة الثالثة من المادة المذكورة التى تنص على أن (تحدد الأمراض المهنية بجدول يصادق عليه بقرار من مجلس الوزراء بناء على اقتراح الوزير المسئول ، ويمكن تعديل هذا الجدول وفق نفس الأصول ، ويبين الجدول الأمراض التى تعتبر أمراضا مهنية ، وينص الى جانب كل منها على الاعمال والأساليب والمهن التى تعرض العامل للاصابة لهذا المرض . ويمكن ايضا للقرار الصادر بموجبه الجدول أن يحدد المدد القصوى التى يجب أن تظهر خلالها اعراض المرض كى يمكن اعتباره مهنيا فيما اذا ظهرت اعراض المرض على العامل بعد أن كان توقف عن ممارسة عمل أو اسلوب أو مهنة مما قد حدد فى الجدول . وتبدأ مدة المسئولية من تاريخ التوقف عن العمل أو الأسلوب أو المهنة موضوع البحث) .

وقد صدر بالفعل جدول أمراض المهنة بقرار من مجلس الوزراء رقم ٨٧٧ وتاريخ ١٣٨٩/١١/٢١ هـ . . .

ويتضح مما تقدم أن تعويضات أخطار المهنة تغطى المخاطر الآتية :

١ - الاصابات التى تنتج من حوادث العمل :
وتحدث الاصابة فى هذه الحالة نتيجة العمل أو لسبب ممارسته لعمله أيا كان نوعها ومهما كان سببها .

٢ - الاصابات التى تنتج من حوادث الطريق :
ويتضح من نص النظام أن اصابات حوادث الطريق وفقا لأحكام النظام نوعان :

□ النوع الأول : تحدث فيه الاصابة للعامل أثناء طريقه من مسكنه الى محل

عمله ، وبالعكس أو تحدث فيه الإصابة للعامل اثناء طريقه من محل عمله الى المكان الذى يتناول فيه عادة طعامه وبالعكس ، شريطة أن يكون الطريق الذى يسلكه العامل لم يتغير اتجاهه او لم يتوقف خلال مروره فيه لغرض تمليه عليه مصلحته الشخصية أو مصلحة لا تمت لعمله بصلة .

□ النوع الثانى : اصابات حوادث الطريق التى تحدث الإصابة فيه للعامل اثناء تنقلاته التى يقوم بها بناء على تعليمات صاحب العمل أو اثناء السفر المدفوعة تكاليفه من قبل صاحب العمل .

٣ - أمراض المهنة :

أمراض المهنة تحدث نتيجة الإصابة بمرض من الأمراض المهنية الواردة بالجدول المصادق عليه بقرار من مجلس الوزراء رقم ٨٧٧ والمؤرخ ١٣٨٩/١١/٢١ هـ .

الفصل الأول

الإصابات التى تنتج من حوادث العمل

يبين من استعراض أحكام النظام أنه يشترط حتى تعتبر إصابة عمل أن تقع الإصابة وأن تكون تلك الإصابة ناتجة عن حادث عمل .

وإصابة العمل عبارة عن حدوث ضرر بجسد العامل نتيجة واقعة مفاجئة .
ومن ذلك يبين أن إصابة العمل تنطوى على عنصرين :
● العنصر الأول : الضرر بجسد العامل :

الضرر الجسبانى هو أى أذى يلحق بجسم العامل سواء كان ظاهرا أم خفيا ، داخليا أم خارجيا ، نافذا أم سطحيا ، كالجروح وكسور العظام وفقد الأعضاء والاختلال العصبى .

وتطبيقا لذلك لا يعتبر من اصابات العمل الأذى النفسى الذى يصيب العامل دون أن يمس جسده كالاعتداء على كرامته أو تلف ملبسه أو ممتلكاته الشخصية كالنظارات الطبية أو الأيدى والأرجل الصناعية وكل ما يشبه ذلك .

● **العنصر الثانى : عنصر المفاجأة :**

ويعتبر عنصر المفاجأة من ابرز وأهم العناصر التى تميز اصابة العمل اذ يشترط النظام أن تحدث الاصابة نتيجة حادث فجائى لا يستغرق سوى وقت قصير كالاندفاع أو السقوط أو الانفجار أو الصدمة . سواء كانت مادية كالاصطدام أو معنوية كسماع صوت انفجار شديد يؤدى الى الصمم .

ويعتبر عنصر المفاجأة هو الفاصل الذى يميز بين اصابات العمل الناتجة عن الحوادث وبين الأمراض المهنية فالأمراض المهنية عبارة عن اصابات جسمية تقع بسبب العمل ولكنها لا تنشأ عن حادث فجائى بل تترتب على طبيعة العمل وظروفه خلال فترة من الزمن ، كالاصابة بضعف فى قوة الابصار نتيجة استمرار تعريض العينين بضوء قوى مبهر لمدة طويلة ، أما اندفاع شظية بصورة مفاجئة الى قاع العين فانه يسبب اصابة عمل لا مرض مهنة .

وبدیهى أنه يجب أن تكون الاصابة نتيجة حادث عمل - فلا يحق للعامل أن يحصل على تعويض اصابة العمل الا اذا توافرت فى الاصابة الشرطان الآتيان :

١ - أن تقع الاصابة بسبب العمل أو اثناؤه ولا يشترط أن تكون السببية مباشرة من العمل بل يجوز أن تكون بسبب عمل بطريقة غير مباشرة ما دامت العلاقة بين العمل والحادث قائمة سواء من ناحية طبيعة العمل أو ظروفه أو مكانه أو غير ذلك مما يعتبر علاقته كافية بين الحادث والعمل بحيث يمكن القول بأنه لولا العمل لما كان الحادث ولما وقعت الاصابة .

ولا يشترط النظام أن يكون سبب الإصابة ناشئا عن العمل المسند للعامل المصاب اذ يجوز أن تحدث الإصابة من عمل عامل آخر ويكفى كذلك ان تكون الإصابة متسببة عن العمل بوجه عام ، أن يكون العمل هو السبب الوحيد للإصابة وإنما يجوز كذلك أن يشترك مع اسباب أخرى فى إحداث الإصابة اذ تعتبر الإصابة هنا وفى جميع الأحوال إصابة عمل وفقا لاحكام النظام ويتمتع بمناسبتها العامل بالمزايا التى كفلها النظام عند حدوث إصابة عمل .

٢ - يشترط كذلك لاستحقاق العامل الحقوق المترتبة على إصابة العمل ألا يكون الخطر الذى سبب الإصابة قد حدث بصورة متعمدة أو نتيجة عمل جنائى قام به العامل .

فاذا تعدد المؤمن عليه إصابة نفسه كأن يقصد الى الانتحار أو يتعمد إصابة نفسه للحصول على اجازة أو طمعا فى الاستيلاء بغير حق على تعويض أو يتعمد احداث خطر ما ينتهى باصابته فانه يفقد الحقوق المترتبة على إصابة العمل .

ويشترط لحرمان العامل من حقوق إصابة العمل ما يأتى :

① - أن يكون الخطر الذى سبب الإصابة مقصودا ، ولا يعنى ذلك انه يشترط أن يكون المؤمن عليه قاصدا دائما إصابة نفسه ، لأن الإصابة فى هذه الحالة تكون متعمدة ولا تثير مشكلة ما ، بل يكفى أن يكون المؤمن عليه مدركا الخطر الذى يتعمده ، متوقعا ما يؤدى اليه فعله المتعمد والا يعتبر عمله من قبيل السهو وعدم الانتباه .

ويتساوى مع الخطر المتعمد أن تكون إصابة العامل قد حدثت نتيجة عمل ارتكبه يكون جريمة ففى هذه الحالة يفقد حقوقه المترتبة على إصابة العمل .

② - أن توجد صلة بين الإصابة وبين الخطر المتعمد فاذا اصيب العامل ولم تكن الإصابة نتيجة للخطر المتعمد أو نتيجة الفعل الجنائى الذى قام به فانه لا يجوز حرمانه من حقه فى التعويض .

وعلى ذلك يفقد العامل حقوقه فى التعويض عن إصابة العمل اذا تعدد مخالفة تعليمات الوقاية المعلقة فى اماكن ظاهرة من محل العمل .

كذلك يفقد العامل حقوقه الناتجة عن اصابة العمل اذا وقعت اصابته مثلاً أثناء العمل نتيجة لتناوله ممنوعات أو مخدرات أو خمرًا إذ أن اصابته في هذه الحالة تكون ناتجة عن فعل جنائي قام به .

الفصل الثاني

الإصابات التي تنتج من حوادث الطريق

سبق أن اشرنا الى أن الفقرة الأولى من المادة (٢٧) من نظام التأمينات الاجتماعية تعتبر في حكم الحادث الذي يقع بسبب العمل كل حادث يقع للعامل المؤمن عليه أثناء ذهابه من مسكنه الى مقر عمله ، وعودته منه ، كذلك أثناء ذهابه من مقر عمله الى المكان الذي يتناول منه طعامه بصفة عادية ، وعودته منه ، شريطة أن يكون ذهابه وعودته دون انحراف عن الطريق الطبيعي ، ودون توقف أو تخلف خلال مروره فيه . كما اعتبرت تلك الفقرة أيضاً الحادث الذي يقع للعامل المؤمن عليه أثناء تنقلاته التي يقوم بها بناء على تعليمات صاحب العمل أو أثناء السفر الذي التزم نفقاته صاحب العمل ، من قبيل حوادث أو إصابات العمل .

وهكذا يعتبر من حوادث الطريق التي يعد إصابة العمل الحادث الذي يقع فيه الإصابة للعامل المؤمن عليه أثناء طريقه من مسكنه الى محل عمله ، وبالعكس أو تحدث فيه الإصابة للعامل أثناء طريقه من محل عمله الى المكان الذي يتناول فيه عادة طعامه أو التي تحدث في طريق عودته الى مكان العمل . وتشمل فترة ذهاب العامل لأداء العمل الفترة التي تبدأ بلحظة مغادرة العامل باب مسكنه وتنتهي هذه الفترة بمجرد دخول العامل الى مكان العمل أو ملحقاته كالمخازن والشون وغير ذلك .

كذلك تبدأ فترة عودة العامل من مكان العمل الى المسكن من لحظة مغادرته للباب الخارجى لمكان العمل ، وتنتهى هذه الفترة بلحظة وصوله الى الباب الخارجى لمسكنه .

ويشترط النظام أن يكون الطريق الذى يسلكه العامل هو الطريق الطبيعى للذهاب الى العمل أو العودة منه . ويعنى الطريق الطبيعى ، ذلك الطريق الذى يسلكه الشخص المعتاد لو وجد فى مثل ظروف العامل الذى وقع له الحادث أو الإصابة .

ولا يشترط النظام أن يلتزم العامل باتباع وسيلة مواصلات معينة لكى تنقله من مسكنه الى محل عمله ، وبالعكس ، أو مكان محل عمله الى المكان الذى يتناول فيه عادة طعامه وبالعكس ، فقد يسير العامل على قدميه أو يستعمل دراجة أو سيارة أو يستعمل وسائل المواصلات العامة أو غير ذلك .

ويستلزم النظام لاعتبار الحادث الذى يقع للعامل من حوادث الطريق ، الذى يعد إصابة عمل ، أن يكون الطريق الذى يسلكه العامل لم يتغير اتجاهه ، أى ألا يكون العامل قد انحرف عن الطريق الطبيعى للعمل ، وألا يكون قد توقف فى هذا الطريق لغرض تمليه عليه مصلحته الشخصية أو لأى أمر آخر لا يتصل بالعمل .

ويعتبر العامل منحرفا عن الطريق اذا ترك الطريق الطبيعى المعتاد الذى يصل ما بين مسكنه ومحل العمل أو فعل ذلك عند العودة وكذلك اذا ترك الطريق الطبيعى المعتاد الذى يصل الى المكان الذى يتناول فيه عادة طعامه أو فعل ذلك عند العودة أو سلك طريقا آخر لا يمكن بحال وصفه بأنه طريق طبيعى لهذا العامل طبقا للمعيار الموضوعى الذى سلف ذكره ، وذلك ما لم يكن انحرافه هذا قد اقتضته ضرورة ملجئة كما لو كان الطريق الطبيعى قد اوقف المرور فيه لحادث أو اصلاح أو لطوارئ معينة او لغير ذلك .

ويعتبر العامل متوقفا فى الطريق اذا لم يواصل السير فيه فترة زمنية ، وذلك

لفرض ثقله على العامل مصلحة شخصية له أو مصلحة لا تمت لعمله بصلة ، مثل التحدث الى قريب أو صديق التقى به أو مشاهدة حادث وقع في الطريق أثناء سيره أو القيام بنزهة ولا يعتبر من قبيل التوقف الفترة التي يمضيها العامل في الانتظار المعتاد للسيارة التي تقله الى محل العمل وبالعكس ، سواء كانت هذه السيارة تتبع صاحب العمل الذي يعمل عنده العامل أم تتبع خطوط النقل العام أو كانت سيارة صديق أو زميل خاصة .

ولا يعلق النظم اهمية على الوقت أو الميعاد الذي غادر فيه العامل مسكنه أو محل عمله لمعرفة ما اذا كانت الاصابة التي وقعت له من قبيل حوادث الطريق التي تعتبر اصابة عمل أم لا طالما كانت الفترة الزمنية التي امضاها هذا العامل بين محل العمل أو المسكن وبين مكان وقوع الحادث معقولة لاجتياز هذه المسافة ولم يتوقف فيها لفرض شخصي أو لأمر لا يتصل بالعمل .

ويعتبر كذلك من حوادث الطريق التي تعتبر اصابات عمل الاصابات التي تحدث للعامل اثناء تنقلاته التي يقوم بها بناء على تعليمات صاحب العمل أو اثناء السفر الذي دفعت تكاليفه من قبل صاحب العمل والاصابات التي تحدث اثناء مهام العمل التي يكلف بها العامل من قبل رب العمل أو اثناء السفر الذي يكلف به العامل من رب العمل ويدفع الأخير نفقاته تعتبر اصابات عمل . ولا شك ان نظام التأمينات الاجتماعية انما أراد بادخال هذا النوع من الحوادث ضمن حوادث العمل لمواجهة المخاطر التي يتعرض لها العامل ما دام يثبت انه كان يقوم بعمل لحساب صاحب العمل وانه مكلف به منه .

الفصل الثالث

أمراض المهنة

تعتبر في حكم اصابات العمل الامراض المهنية المحددة بالجدول المصانق

عليه بقرار من مجلس الوزراء ، وبناء على اقتراح الوزير المسئول وذلك وفقا
 للفقرتين (٢) و (٣) من المادة (٢٧) من نظم التأمينات الاجتماعية .
 وقد بين الجدول الصادر بقرار مجلس الوزراء رقم ٨٧٧ وتاريخ
 ٨٩/١١/٢١هـ الامراض المهنية كما يبين الاعمال والأساليب والمهن التى تعرض
 العامل للاصابة بكل مرض من هذه الامراض .
 ويتضمن القرار الصادر بمقتضاه الجدول آنف الذكر تحديد الاقصى مدة
 يجب ان تظهر خلالها اعراض المرض حتى يمكن اعتباره من قبيل الامراض
 المهنية ، وذلك فيما اذا ظهرت مثل هذه الاعراض على العامل بعد ان كان قد
 توقف عن مزاولة عمل معين أو مهنة مما قد حدد بالجدول .
 ويجوز دائما للسلطة المختصة تعديل جدول الامراض المهنية بالاضافة أو
 التعديل أو الحذف .

ويستحق العامل المؤمن عليه التعويض المقرر نظاما اذا ما اصاب بمرض من
 الامراض المهنية المبينة بالجدول ، وان يكون العمل الذى نيط به مما ينشأ عنه
 هذا المرض وذلك وفقا لاحكام الجدول .
 وسنعرض فيما يلى الامراض المهنية التى تضمنها الجدول والذى صدر
 بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ٨٧٧ وتاريخ ٨٩/١١/٢١ هـ . المشار اليه .

نوع المرض	العمليات أو الاعمال المسببة لهذا المرض
١ - التسمم بالبتترول أو غازاته أو مشتقاته ومضاعفاته :	كل عمل يستدعى تداول أو استعمال البترول أو غازاته أو مشتقاته وكذا اى عمل يستدعى التعرض لتلك المواد صلبة كانت أو سائلة أو غازية .

العمليات أو الأعمال المسببة لهذا المرض	نوع المرض
<p>أى عمل يستدعى استعمال أو تداول والتعرض للقطران والزفت أو البيوتومين أو الزيوت المدنية بما فيها البارفين أو الفلور ولى مركبات أو منتجات أو متخلفات هذه المواد وكذا التعرض لأية مادة مهيجة اخرى صلبة أو سائلة أو غازية .</p>	<p>٢ - سرطان الجلد الاولى والالتهابات وتقرحات الجلد والعيون المزمنة :</p>
<p>أى عمل يستدعى التعرض لغبار حديث التولد لمادة السليكا أو المواد التى تحتوى على مادة السليكا تزيد على ٥% كالعمل فى المناجم والمحاجر او نحت الاحجار أو طحنها أو صناعة المسنات الحجرية أو تلميع المعادن بالرمل أو اية اعمال اخرى تستدعى نفس التعرض وكذا اى عمل يستدعى التعرض لغبار الاسبستوس وغبار القطن لدرجة تنشأ عنها هذه الامراض .</p>	<p>٣ - أمراض الغبار الرئوية (نومو كوتيزومر) التى تنشأ عن: (١١) - الاسبستوس (اسبستوزس) (١٢) - غبار السليكا (سليكوزس) (١٣) - غبار القطن (بسينوزس) :</p>
<p>أى عمل يستدعى التعرض المتكرر المصهور أو المفاصل للوهج أو الاشعاع الصادر عن الزجاج المصهور أو المعادن المحمية أو المنصهرة أو التعرض لضوء قوى أو حرارة شديدة مما يؤدى الى تلف بالعين او ضعف بالابصار .</p>	<p>٤ - تأثر العين من الحرارة والضوء وما ينشأ عنهما من مضاعفات :</p>

العمليات أو الأعمال المسببة لهذا المرض	نوع المرض
<p>أى عمل يستدعى استعمال أو تداول الرصاص أو مركباته أو المواد المحتوية عليه ، ويشمل ذلك تداول الخامات المحتوية على الرصاص بما فى ذلك رماد الرصاص فى مصانع الزنك - مزج الزنك القديم وقوالب الرصاص .</p> <p>صنع ادوات من الرصاص المصبوب أو مركباته</p> <p>- صناعات الطباعة المختلفة - صنع مشتقات الزنك صنع واصلاح البطاريات الكهربائية - تحضير واستعمال الدهانات المحتوية على الرصاص الصقل والتلميع بمواد من الرصاص المسحوق أو المجدد جميع عمليات الطلاء والدهان (البويا) التى تستدعى تحضير وخلط اللون واصناف من المعجون وغيره مما يحتوى على عناصر من الرصاص .. الخ .</p>	<p>٥ - التسمم بالرصاص ومضاعفاته</p> <p>كقولنج الرصاص الرئية العضلية - والمفصلية - الرصاصية شلل الياشطات التهاب الكلى النقرش وغيرها من الاعراض والمضاعفات الناشئة عن التسمم بالرصاص . :</p>
<p>أى عمل يستدعى استعمال أو تداول الزئبق أو مركباته أو المواد المحتوية عليه ، وكذا أى عمل يستدعى التعرض لغبار وأبخرة الزئبق أو مركباته . أو المواد المحتوية عليه ويشمل عليه ذلك تداول الزئبق صناعة اجهزة القياس والمعامل ، تحضير المواد الخاصة اللازمة لصناعة القبعات - التذهيب على الساخن استعمال مضخات الزئبق فى صناعة المصابيح الكهربائية صناعة المفرعات المحتوية على زئبق .. الخ ..</p>	<p>٦ - التسمم بالزئبق ومضاعفاته</p> <p>كالتهاب الفم والجهاز الهضمى الاختلالات العصبية الرعشة - اختلالات التغذية الشلل وغيرها من الامراض والمضاعفات الناشئة عن التسمم بالزئبق .</p>

نوع المرض	العمليات أو الأعمال المسببة لهذا المرض
٧ - التسمم بالزرنيخ ومضاعفاته كالاختلالات .. العصبية - الاختلالات الوظيفية للكلى والكبد آفات جلدية وغيرها من الامراض والمضاعفات الناشئة عن التسمم بالزرنيخ :	أى عمل يستدعى استعمال أو تداول الزرنيخ أو مركباته أو المواد المحتوية عليه وكذا أى عمل يستدعى التعرض لغبار أو أبخرة الزرنيخ أو مركباته أو المواد ، المحتوية عليه ، ويشمل ذلك العمليات التى يتولد فيها الزرنيخ أو مركباته وكذلك العمل فى إنتاج أو صناعة الزرنيخ ومركباته .
٨ - التسمم بالانتيمون ومضاعفاته:	أى عمل يستدعى استعمال أو تداول الانتيمون أو مركباته أو المواد المحتوية عليه ، وكذلك أى عمل يستدعى التعرض لغبار أو أبخرة الانتيمون أو مركباته أو المواد المحتوية عليه .
٩ - التسمم بالفسفور أو مركباته كالآفات العظمية المعوية الدموية والعصبية وغيرها من الامراض والمضاعفات الناشئة عن التسمم بالفسفور .	أى عمل يستدعى استعمال أو تداول الفسفور أو مركباته أو المواد المحتوية عليه وكذا أى عمل يستدعى التعرض لغبار أو أبخرة الفسفور أو مركباته أو المواد المحتوية عليه .
١٠ - التسمم بالبتروول أو مثيلاته أو مركباته الأميدية أو الأزوتية أو مشتقاتها أو مضاعفات ذلك التسمم .	كل عمل يستدعى استعمال أو تداول هذه المواد وكذلك كل عمل يستدعى التعرض لابخرتها أو غبارها .

العمليات أو لأعمال المسببة فهذا المرض	نوع المرض
<p>كل عمل يستدعى استعمال أو تداول المنغيز أو مركباته أو المواد المحتوية عليه ، وكل عمل يستدعى التعرض لأبخرة أو غبار المنغيز أو مركباته أو المواد المحتوية عليه ، ويشمل ذلك العمل في .. استخراج أو تحضير المنغيز أو مركباته وطحنها وتعبتها الخ ..</p>	<p>١١ - التسمم بالمنغيز ومضاعفاته :</p>
<p>كل عمل يستدعى استعمال أو تداول الكبريت أو مركباته أو المواد المحتوية عليه ، وكذا كل عمل يستدعى التعرض لأبخرة أو غبار الكبريت أو مركباته أو المواد المحتوية عليه ويشمل ذلك التعرض للمركبات الغازية وغير الغازية للكبريت .. الخ ..</p>	<p>١٢ - التسمم بالكبريت ومضاعفاته :</p>
<p>كل عمل يستدعى التعرض لأول أكسيد الكربون ويشمل ذلك عمليات تحضيره أو استعماله وتولده كما يحدث في القراجات وقمائن الطوب والجير الخ ..</p>	<p>١٣ - التسمم بأول أكسيد الكربون وما ينشأ عنه من مضاعفات .</p>
<p>كل عمل يستدعى تحضير أو استعمال أو تداول حامض السيانور أو مركباته ، وكذا كل عمل يستدعى التعرض لأبخرة أو رذاذ الحامض أو مركباته أو تربتها أو المواد المحتوية عليها .</p>	<p>١٤ - التسمم بحامض السيانور ومركباته وما ينشأ عن ذلك من مضاعفات .</p>

نوع المرض	العمليات أو الأعمال المسببة لهذا المرض
١٥ - التسمم بالكلور والفلور والبروم ومركباتها :	كل عمل يستدعى تحضير أو استعمال أو تداول .. الكلور أو الفلور أو البروم أو مركباتها . وكذا أى عمل يستدعى التعرض لتلك المواد أو أبخرتها أو غبارها .
١٦ - التسمم بالكلور فروم ورابع كلورو الكربون :	أى عمل يستدعى استعمال أو تداول الكلورو فروم أى رابع كلورو الكربون ، وكذلك أى عمل يستدعى التعرض لأبخرتها أو الأبخرة المحتوية عليها .
١٧ - التسمم برابع كلورو الاثين وثالث كلورو الاثيلين والمشتقات الهالوجينية الأخرى للمركبات الأيدروكربونية من المجموعة الاليفاتية :	أى عمل يستدعى استعمال أو تداول هذه المواد والتعرض لأبخرتها أو الأبخرة المحتوية عليها .
١٨ - التأثير بالكروم وما ينشأ عنه من قرح ومضاعفات :	كل عمل يستدعى تحضير أو تولد أو استعمال أو تداول الكروم أو حمض الكروميك أو كرومات أو بيكرومات . الصوديوم أو البوتاسيوم أو الزنك أو أية مادة تحتوى عليها .
١٩ - التأثير بالنيكل وما ينشأ عنه من مضاعفات وتقرح :	كل عمل يستدعى تولد أو استعمال أو تداول النيكل أو مركباته أو أية مادة تحتوى على النيكل أو مركباته ويشمل ذلك التعرض لغاز كربونيل النيكل .

نوع المرض	العمليات أو الأعمال المسببة لهذا المرض
٢٠ - الأمراض والاعراض الباثولوجية التي تنشأ عن الراديوم أو المواد ذات النشاط الاشعاعى أو اشعة (x) .	أى عمل يستدعى التعرض للراديوم أو أية مادة أخرى ذات نشاط اشعاعى أو أشعة (x) .
٢١ - مرض الدرن :	العمل فى المستشفيات المخصصة لعلاج هذا المرض وكذلك العمل فى المختبرات التى تقوم باستلام وتحليل وزرع حقن عينات مكروب الدرن .
٢٢ - امراض الحميات المعدية :	العمل فى المستشفيات المخصصة لعلاج هذه الحميات .
٢٣ - مرض الدوالى :	كافة الاعمال التى تتطلب الوقوف الدائم فى مختلف المهن .
٢٤ - تشنج عمال التلغراف :	استعمال الآلات التلغرافية .
٢٥ - الجمرة الخبيثة (انتراكس) :	كل عمل يستدعى الاتصال بحيوانات مصابة بهذا المرض أو تداول رممها بما فى ذلك الجلود والقرون والشعر ويدخل فى ذلك اعمال الشحن والتفريغ والنقل لهذه الاجزاء .
٢٦ - السقاوة :	كل عمل يستدعى الاتصال بحيوانات مصابة بهذا المرض وتداول رممها أو أجزاء منها .
٢٧ - الصمم بدرجاته المختلفة :	سائر الاعمال والمهن والصناعات المصحوبة باحداث ضجة وأصوات عالية تؤثر على السمع .

الباب الرابع

التعويضات المستحقة للمؤمنين وأورثتهم

تنص المادة (٢٨) من نظم التأمينات الاجتماعية على ان التعويضات التي يحق للمؤمن عليه المصاب باصابة عمل أو يحق لورثته المطالبة بها هي الآتية حسب الاحوال :

- ١ - العناية الطبية التي تستلزمها حالة المصاب المرضية .
- ٢ - البدلات اليومية للعجز المؤقت عن العمل اذا أصبح المصاب غير قادر على العمل بسبب الحادث .
- ٣ - العائدات الشهرية والتعويضات المقطوعة للعجز الدائم الكلي أو الجزئي الناجم عن الاصابة .
- ٤ - العائدات الشهرية للورثة .
- ٥ - منح نفقات الجنازة .

ولا يتوقف استحقاق التعويضات والمزايا السابقة على أى شرط يتعلق بمدة من المدد الواجبة للتأمين . هذا ومن الجدير بالذكر ان التعويضات لا تستحق اذا كان الخطر قد نشأ بصورة مقصودة ممن سيستفيد منها أو اذا حدث هذا الخطر نتيجة عمل جنائي قلم به وذلك على نحو ما سبق أن اشرنا اليه . كما انه لا يخل عدم دفع صاحب العمل للاشتراكات في استحقاق التعويضات .

الفصل الأول

العلاج الطبي

يعتبر العلاج الطبي اول ما يحتاج اليه العامل المصاب باصابة عمل أو بمرض مهنة ، وأول ما يحتاج العامل المصاب اثر وقوع حادث من حوادث العمل اسعافه باجراءات طبية مؤقتة منعا للمضاعفات وتوطئة لبده العلاج .

ولم يفرض المشرع الالتزام بتقديم الاسعافات الأولية للعمال المصابين باصابات عمل فقط ، انما نص على الزام صاحب العمل في جميع الاحوال بأن يقدم الاسعافات الاولية للمصاب مهما كانت الاصابة بسيطة حتى ولو لم تمنعه الاصابة من مباشرة عمله بل ولو كان العامل هو الذى تعمد اصابة نفسه أو كانت اصابته نتيجة سلوكه أو فعله الجنائى .

وقد اوجب النظم على صاحب العمل أن يوفر وسائل الاسعاف الطبية في اماكن العمل حرصا على حياة العمال وسلامتهم . كذلك اوجب النظم على صاحب العمل عند حدوث الاصابة ان يتولى نقل المصاب الى مكان العلاج او اماكن الاسعاف .

وتلتزم المؤسسة العامة بمصاريف الانتقال من مكان العلاج واليه - وإذا اقتضى الحال تردد العامل المصاب عليه وذلك وفقا للقواعد المقررة في هذا الشأن وبديهي أن الاسعافات الاولية لا تكفى في غالب الاحوال للعلاج من الاصابة ، ومن ثم يحتاج العامل المصاب باصابة عمل أو بمرض مهنة الى علاج طبي تلتزم المؤسسة بنفقاته حتى يشفى العامل المصاب أو يثبت عجزه وتستقر حالته نهائيا . وتتضمن نفقات العلاج جميع النفقات الآتية :

١ - نفقات خدمات الاطباء والاختصاصيين .

٢ - نفقات الإقامة بالمستشفيات .

- ٣ - نفقات الزيارات الطبية المنزلية عند الاقتضاء .
 - ٤ - نفقات العمليات الجراحية .
 - ٥ - نفقات صور الاشعة وغيرها من البحوث الطبية حسبها يلزم .
 - ٦ - ائمان الأدوية اللازمة للعلاج .
- ويسقط حق العامل المصاب في نفقات العلاج في الحالتين الآتيتين :
- ١ - اذا رفض العلاج في المكان الذى تعينه له المؤسسة .
 - ٢ - اذا رفض العامل اتباع تعليمات العلاج الذى تعده له المؤسسة وتخطره بها .

وتلتزم المؤسسة وفقا لاحكام النظام بأن تباشر أو توفر الخدمات اللازمة لتأهيل المصاب طبيا ومهنيا لاعادته الى العمل بما فى ذلك تركيب الاطراف الصناعية وذلك وفقا للقواعد المقررة فى هذا الشأن .

الفصل الثانى

البدلات اليومية التى تستحق للعامل فى حالة العجز المؤقت

اذا نتج عن اصابة العمل عجز مؤقت للعامل فانه يستحق البدلات اليومية للعجز المؤقت طالما استمر غير قادر على العمل بسبب اصابته . وللعامل المصاب فى مثل هذه الحالة الحق فى أن يتقاضى بدل اصابة عن كل يوم يتخلف فيه عن العمل بسبب اصابته بما فى ذلك ايلم العطل .

ويعادل بدل الاصابة اليومى خمسة وسبعين فى المائة من الأجر اليومى للعامل

المصاب ، أو خمسين في المائة من هذا الأجر أثناء وجوده تحت العلاج في أحد مراكز العلاج أو في غير ذلك من الأمكنة على نفقة المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية .

وقد حددت المادة (٣٠) من نظام التأمينات الاجتماعية المقصود بالاجر اليومي ، فقررت أنه الأجر الذي يستحقه العامل المصاب يوم وقوع الحادث له ، والذي اتخذ أساسا لتحديد بدل الاشتراك في التأمين وذلك اذا كان هذا العامل يتقاضى أجره باليوم ، أو جزءا من ثلاثين من الأجر الشهري والمنافع الأخرى التي يتقاضاها العامل المصاب والتي اتخذت أساسا لتحديد بدل الاشتراك خلال الشهر الذي يسبق الشهر الذي وقعت فيه الإصابة أو جزءا من ثلاثين من الاجر المستحق للعامل المصاب والذي يخضع للاشتراك في الشهر الذي وقعت فيه الإصابة ، وذلك في حالة ما اذا كان هذا الاجر اعلى من أجر الشهر السابق اذا كان العامل المصاب ممن يتقاضى أجره شهريا ، أو جزءا من ثلاثين من الأجور التي يستحقها العامل المصاب والخاضعة للاشتراك خلال الشهر الذي يسبق الشهر الذي وقعت فيه الإصابة ، اذا كانت اجور العامل تدفع على اساس القطعة أو الأجر اليومي المتفق عليه والذي يتخذ أساسا لتحديد بدل الاشتراك في حالة تطبيق الفقرة الثالثة من المادة (١٩) من نظام التأمينات الاجتماعية والخاصة بجواز حساب الاشتراكات المستحقة لكل اشهر السنة المالية على اساس الأجور المقبوضة والخاضعة للاشتراك خلال أول شهر من السنة أو في حالة الاشتراكات المقطوعة بدفعة واحدة أو الاشتراكات التي تحدد حسب درجات الاجور وهنا تحسب التعويضات على اساس الأجر المتفق عليها والتي حددت على أساسها الاشتراكات المستحقة .

وتدفع البدلات اليومية للإصابة اعتبارا من اليوم التالي لحدوث هذه الإصابة أو اليوم الذي توقف فيه دفع اجر العامل له من جانب صاحب العمل نتيجة لسبب قانوني أو لالتزام من الالتزامات . وينتهي الحق في هذا البدل في اليوم الذي يستعيد فيه العامل المصاب قدرته على العمل أو يشفى فيه من جرحه أو

تحصل فيه الوفاة .

وقد حددت الفقرة الرابعة من المادة (٣٠) من نظم التأمينات الاجتماعية كيفية دفع البدلات اليومية ، ومواعيد دفعها على فترات بمقتضى قرار من مجلس ادارة المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية ، وذلك بناء على اقتراح مدير علم هذه المؤسسة .

وعلى انه يجوز تعليق دفع البذل المستحق للعامل المصاب بموجب قرار من رئيس المكتب الرئيسى أو الفرعى الذى يتبعه هذا العامل ، وذلك اذا ثبت من التقرير الطبى فى شأن اصابته ، انه قد رفض التقيد بالتعليقات الطبية التى يقتضيها علاجه أو الخضوع لفحص طبى ، أو ثبت انه رفض الامتناع عن القيام بأعمال لا تسمح بها حالته الصحية . (المادة ٣٠) الفقرة الخامسة) .

الفصل الثالث

العائدات الشهرية والتعويضات المقطوعة فى حالة العجز الدائم الكلى أو الجزئى .

يستحق العامل المؤمن عليه أو ورثته كذلك العائدات الشهرية والتعويضات المقطوعة عن العجز الدائم الكلى أو الجزئى الناجم عن اصابة عمل (البند ج) من المادة (٣٨) من النظام) .

ويتم تقدير العجز الذى يتخلف للعامل بصفة نهائية اذا اصبح العجز مستديما غير قابل للعلاج وغير قابل للزيادة أو النقصان .

ويستحق العامل المؤمن عليه المصاب باصابة عمل وفقا للمادة (٣١) من النظام في حالة العجز الدائم الكلى النائىء عن الاصابة ، عائدة شهرية تعادل ٧٥ ٪ من متوسط الاجور التى يتقاضاها شهريا والمحددة طبقا للمادة المذكورة على الا تقل العائدة المحددة بأى حال عن مائتين وخمسين ريالاً فى الشهر ويضاف اليها عشرة فى المائة عن الشخص الأول من افراد عائلة العامل المصاب والذى تقع اعالته على عاتقه وخمسة فى المائة عن كل من الشخصين الثانى والثالث اللذين يليانه من افراد العائلة .

ويمكن تعديل قيمة العائدة الشهرية بمقتضى قرار من مجلس ادارة المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية فى حالة حدوث تغيير كبير فى الرقم القياسى العلم لتكاليف المعيشة .

ويصدر القرار بناء على اقتراح المدير العام لهذه المؤسسة ، ويصدق عليه من الوزير المسئول .

ويمكن ان تزيد العائدة الشهرية بنسبة ٥٠ ٪ اذا كان العامل المصاب يحتاج لمعونة دائمة من الغير من اجل مواجهة اعباء حياته اليومية .

وليس من السهل تحديد نسبة العجز الجزئى الذى يصيب العامل ، اذ يعتبر تحديد نسبة العجز الجزئى من الأمور الدقيقة التى تختلف فيها وجهات النظر الطبية ولذلك وضع مجلس الوزراء جدولاً يتضمن دليلاً لنسب العجز ويمكن لمجلس الوزراء تعديله بناء على اقتراح الوزير المسئول . وقد تضمن الجدول كذلك تقدير نسب العجز فى حالات فقد الاعضاء ، وحالات فقد الابصار .

وينص البند (٢) من المادة (٣١) من نظام التأمينات الاجتماعية السعودى على أنه (فى حالة العجز الدائم الجزئى الناجم عن اصابة عمل والذى يعادل أو يتجاوز ٣٠ بالمائة ، يحق للعامل تقاضى عائدة شهرية للعجز الجزئى ، يعادل مبلغ عائدة العجز الجزئى الدائم حاصل ضرب النسبة المئوية لهذا العجز بعدد مساو من النسبة المئوية من عائدة العجز الدائم الكلى المحدد وفق أحكام الفقرة السابقة (أى الفقرة الأولى للمادة (٣١) .

كما ينص البند (٣) من المادة المذكورة على أن (يحسب متوسط الأجور الشهرية بأخذ ثلث مجموع الأجور الخاضعة للاشتراك والمؤداة خلال الاشهر الثلاثة السابقة للشهر الذى حدثت الاصابة خلاله . وفى حالة كون المصاب لم يعمل مطلقا أو عمل جزئيا خلال هذه الفترة عند صاحب العمل الذى حدثت الاصابة لديه فيحسب متوسط الأجور اليومية بأخذ ثلث مجموع الأجور التى كان من الممكن أن تخضع للاشتراك لو كان المصاب يعمل بنفس الشروط وبصورة متصلة عند صاحب العمل الأخير خلال مدة الثلاثة اشهر المتخذة كأساس) .

كذلك تنص المادة (٣٢) على انه (فى حالة العجز الدائم الجزئى الذى يساوى أو يزيد على ١٠ بالمائة ويقل عن ٣٠ بالمائة الناجم عن اصابة عمل يحق للمصاب تقاضى تعويض مقطوع يساوى ٣٦ مرة العائدة الشهرية المحددة للعجز الدائم الجزئى الذى كان يمكن أن يطالب به تبعا للنسبة المئوية للعجز الحاصل وتطبيقا لاحكام المادة السابقة) أى المادة (٣١) .

وإذا اصاب العامل - الذى استفاد من عائدة عجز دائم - بعاة أخرى ناشئة عن اصابة عمل أخرى ، فانه يحق له فى هذه الحالة أن يتقاضى عائدة جديدة تحسب على اساس جملة الاضرار التى حاقت به ، ومتوسط الأجور عن الأشهر الثلاثة التى سبقت الاصابة الأخيرة .

غير انه اذا اتضح أن هذا الأجر المتوسط يقل عن ذلك الذى تم احتساب العائدة على اساسه ، فإن العائدة الجديدة تحسب على اساس الأجر الاعلى وفقا للبند (١) من المادة (٣٣) من النظام .

وفى اى لائحة الجدول الدليلى للنسب المئوية للعجز الدائم التى صدرت بموجب قرار مجلس الوزراء رقم ٥٤٥ وتاريخ ١٣٩٠/٦/٨ هـ . الموافق ٢٠٠٨/٨/١١ م .

لائحة الجدول الدليلي للنسب المئوية للعجز الدائم

النسبة المئوية لدرجة العجز	العجز الناتج عن الإصابة
١٠٠ %	الفالج الناتج
١٠٠ %	الاختلال العقلي التام
	اصابات الرأس
	فقد البصر في العينين فقدًا تاما يعتبر فقد البصر ما اذا نقصت
الرؤية اكثر من	
١٠٠ %	٩٥ % من الرؤية التامة (
٣٥ %	فقد البصر في عين واحدة
٥٠ %	صم تلم لا يشفى
٨٠ %	فقد اللسان التام
١٠ - ٧٥ %	فقد اللسان الجزئي العائق في الكلام او المضغ او البلع
٢٠ %	استئصال الفك الاسفل بمرته
٤٠ %	استئصال جزء من الفك الاسفل الشعبة الصاعدة او نصف جسم الفك
	فقد مادة عظمية من الجمجمة تشتمل على جميع كشافتها :
٤٠ %	سطح لا يقل عن ٦ سم مربعة
٢٠ %	سطح يتراوح بين ٣ و ٦ سم مربعة
١٠ %	سطح اقل من ٣ سم مربعة
	اصابة الطرفين السفليين
١٠٠ %	فقد الساقين أو القدمين
٦٠ %	بتر الفخذ
٤٥ %	فقد القدم بمرتها
٤٠ %	فقد جزء من القدم ثم انقطاع المفصل تحت العكب

النسبة المئوية لدرجة العجز	العجز الناتج عن الإصابة
٣٥ %	فقد جزء من القدم ثم المفصل الرسغى (انقطاع المفاصل في عظم رسغ الرجل) .
٣٠ %	فقد جزء من القدم : (ثم المفصل الرسغى المشطى انقطاع المفاصل بين عظم رسغ الرجل وعظم المشط) .
٤٠ %	جسأة (انشلال اوتيس) الورك
٢٥ %	جسأة (انشلال اوتيس) الركبة ضياح مادة عظمية واسعة :
٥٠ %	١ - من الفخذ او عظمى الساق (حالة لا تشفى) ٢ - من الداغصة (صابونة الركبة) مع كسر ومضايقة كبيرة في حركة بسط الساق على الفخذ
٤٠ %	٣ - من الداغصة (صابونة الركبة) مع سلامة الحركات
٢٠ %	قصر الطرف السفلى بما لا يقل عن خمسة سم
٣٠ %	قصر الطرف السفلى من ٣ الى ٥ سم
٢٠ %	قصر الطرف السفلى من ١ الى ٣ سم
١٠ %	بتر اصابع القدم جميعها
٢٥ %	بتر اربع اصابع من القدم بما فيها الابهام
٢٠ %	بتر اربع أصابع من القدم من غير الابهام
١٠ %	
اليمين اليسار	اصابات الطرفين العلويين
١٠٠ % ١٠٠ %	فقد الذراعين او اليدين
٧٠ % ٦٠ %	فقد يد واحدة من (الكتف الى اطراف الاصابع)
٦٠ % ٥٠ %	فقد كف واحدة
٢٠ % ١٠ %	بتر ابهام اليد أو جساتها التامة (انشلالها الكلى)
١٠ % ٥ %	بتر جزء من ابهام اليد (السلامى الظفرية)

النسبة المئوية لدرجة العجز	انعجز الناتج عن الاصابة
١٥ % ١٠ %	بتر السبابة (التام)
١٠ % ٨ %	بتر السبابة (سلاميتان)
١٠ % ٨ %	بتر اصبع واحدة غير الابهام أو السبابة
١٥ % ١٢ %	بتر اصبعين غير الابهام والسبابة
٢٥ % ٢٠ %	بتر ثلاثة اصابع غير الابهام والسبابة
٤٠ % ٣٥ %	بتر اربع اصابع غير الابهام
٣٥ % ٢٥ %	بتر الابهام والسبابة معا
٢٥ % ٢٠ %	بتر الابهام واصبع غير السبابة
٤٥ % ٤٠ %	بتر اربع اصابع بما فيها الابهام
٥٠ % ٤٠ %	ضياح مادة عظمية واسعة من العضد (افة بانة لا تشفى)
٤٠ % ٣٠ %	ضياح مادة عظمية واسعة من عظمى الساق (آفة بانة لا تشفى)
	جسأة (انشلال اوتيس) المرفق في وضع حسن اى ١٥ درجة
٢٠ % ٢٠ %	حول الزاوية القائمة
٤٠ % ٣٠ %	جسأة (انشلال) المرفق في وضع سيء
	جسأة (انشلال اوتيس) المعصم في موضع موافق
٢٠ % ١٥ %	مقوسا أو مكبوسا (اى ملتويا الى الداخل)
٤٠ % ٣٥ %	جسأة (انشلال اوتيس) المعصم في وضع غير موافق
للعجز عن العمل	اصابات الاطراف العلوية والسفلية
١٠٠ %	فقد ذراع وساق
١٠٠ %	فقد ذراع ورجل
١٠٠ %	فقد يد واحدة ورجل واحدة معا
١٠٠ %	فقد كف واحدة ورجل واحدة معا
١٠٠ %	فقد كف واحدة وساق واحدة معا

يراعى في تقدير درجات العجز القواعد الآتية :

١ - تعتبر نسبة العجز الكلى الدائم مائة في المائة كما تعتبر اساسا في تحديد النسب المئوية للعجز الدائم الجزئى .

٢ - إذا كان العجز مبنيا في الجدول السابق روعيت النسب المئوية من درجة العجز الدائم المبينة به .

٣ - إذا لم يكن العجز مما ورد بالجدول المذكور فتقدر نسبته بنسبة ما أصاب العامل من عجز في قدرته على الكسب ، على أن تبين تلك النسبة في الشهادات الطبية الصادرة عن اللجان الطبية المختصة .

٤ - إذا عجز أى عضو من أعضاء الجسم المبينة في الجدول اعلاه عجزا كليا مستديما عن اداء وظيفته اعتبر ذلك العضو في حكم المفقود . وإذا كان ذلك العجز جزئيا قدرت نسبته تبعا لما اصاب العضو من عجز عن اداء وظيفته .

٥ - اذا كان العامل قد فقد عضوه الأيسر بنفس النسبة المقررة لفقد عضوه الأيمن .

٦ - اذا نتج عن الاصابة فقد جزء او اكثر من احد اعضاء الجسم المبينة بالجدول قدرت النسبة المئوية لدرجة العجز في حدود النسبة المقررة لفقد العضو .

٧ - تعتبر نسب العجز الجزئى الدائم المبينة في هذا الجدول حدودا دنيا للعجز على انه يمكن زيادتها بما لا يزيد على ٣٠ ٪ تبعا للحالات المبينة في المادة (٣٤) من نظام التأمينات الاجتماعية من حيث طبيعة العامة الحاصلة والحالة العامة للمصاب وعمره والمهنة التى يزاولها وملكاته الجسدية والعقلية . وكذلك تبعا لإمكاناته واهليته المهنية على انه لا يجوز في حالة من الاحوال ان تتجاوز نسبة العجز المقدرة ١٠٠ ٪ (مائة في المائة) .

الفصل الرابع

العائدات الشهرية المقررة لورثة العامل المتوفى نتيجة إصابة عمل .

تضمن النظام كذلك احكام وقواعد استحقاق العامل او ورثته للعائدات الشهرية نتيجة اصابته ياصابة عمل ، فقد نصت الفقرة الاولى من المادة (٣٥) من نظام التأمينات الاجتماعية على انه (اذا توفى المؤمن عليه الممارس للعمل بنتيجة اصابة عمل ، او اذا توفى صاحب عائدة عجز دائم كلى ، فلنوى المتوفى من ورثته الحق بتقاضى عائدات الوراثة .

غير انه يشترط لنشوء حق الارملة في العائدة ان يكون زواجها قد تم بتاريخ سابق للاصابة أو أن تكون الوفاة قد حدثت بعد اثنى عشر شهرا من الزواج في حالة كون هذا الزواج تم بعد الاصابة .

وتستحق ارملة العامل المتوفى خمسين في المائة من عائدة العجز الدائم الكلى الذى كان يستفيد منه زوجها المتوفى ، اما ورثة العامل ، فيعطى كل منهم عشرين في المائة من هذه العائدة .

على انه اذا ثبت ان العامل المتوفى كان يزاول عملا وقت اصابته التى افضت الى موته ، حددت عائدات جميع ورثته تبعا للنسب المثوية السابقة ، وفى الوقت نفسه تبعا لعائدة العجز الدائم الكلى الذى كان يمكن للعامل الذى توفى ان يطالب بها طبقا لاحكام الفقرة الاولى من المادة (٣١) من النظام ، فيما لو اصاب بعجز من هذا النوع وقت الاصابة .

واذا كان للعامل المتوفى اكثر من ارملة واحدة ، وزعت العائدة المخصصة للارملة على الارامل اللاتى تركهن العامل ، بالتساوى فيما بينهن .

اما اذا ترك العامل المتوفى ايتاما من الأبوين فتضاعف العائدة المخصصة لهم . ولا يجوز وفقا للبند (٣) من المادة (٣٥) من النظم ان يتجاوز مجموع عائدات الورثة بأى حال من الاحوال مبلغ عائدة العجز الدائم الكلى الذى سبقت الاشارة اليه .

فاذا تجاوز مجموع عائدات الورثة مبلغ عائدة العجز الدائم الكلى ، خفضت عائدة كل من هؤلاء الورثة بما يستحقه .

ونصت المادة (٣٦) من نظم التأمينات الاجتماعية على ان يصرف لأرملة العامل الذى توفى أو ابنته أو اخته فى حالة زواجهن منحة زواج بما يعادل قيمتها ثمانية عشرة مرة من عائداتها الشهرية التى كانت تستفيد منها . ويتوقف دفع هذه العائدة فى آخر الشهر الذى حصل فيه الزواج . ويلغى تخصيص منحة الزواج أى حق ناشئ عن نظم التأمينات المصلحة صاحبة العلاقة أى أن تخصيص منحة الزواج ينهى أى حقوق تكون للأرملة أو الابنة أو الأخت قبل المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية .

الفصل الخامس

منحة نفقات جنازة العامل المؤمن عليه

نصت المادة (٢٨) من نظم التأمينات الاجتماعية على أن تعتبر منحة نفقات جنازة العامل المؤمن عليه أو صاحب المعاش ضمن التعويضات التى يحق لورثته المطالبة بها . فاذا توفى عامل من العمال المؤمن عليهم نتيجة اصابة عمل ، او اذا توفى صاحب عائدة عجز دائم كلى او توفى عامل مؤمن عليه بمارس للعمل بعد أن أمضى على الاقل ستة شهور تأمين خلال الاثنى عشر شهرا الأخيرة أو توفى

صاحب معاش شيخوخة ، او عجز ، اعطيت منحة نفقات الجنائز للشخص الذي اخذ على عاتقه دفع هذه النفقات ، وذلك عملاً بأحكام المادتين (٣٧) و (٤٣) من النظام .

واذا لم يتقدم أحد للاتفاق على جنازة العامل المتوفى تحملت المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية تكاليف هذه الجنائز وذلك طبقاً لأحكام المادتين سالفتي الذكر .

ونصت المادة (٣٧) سالفه الذكر على ان يصدر مجلس ادارة المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية قراراً بتحديد مبلغ منحة نفقات الجنائز بصورة موحدة لكل ارجاء المملكة العربية السعودية أو بحسب المناطق ، وذلك بناء على اقتراح المدير العام ، ومصادقة الوزير المسئول .

وقد قدرت اخيراً منحة نفقات الجنائز بمبلغ اربعمائة ريال سعودي ، على ان لا تدخل في هذا التقدير مصاريف نقل العامل المتوفى الى الجهة التي ابرم فيها العقد ، اذ يلتزم رب العمل وفقاً للمادة (٨٥) من نظام العمل والعمال السعودي بدفع هذه النفقات وذلك وفقاً للأحكام التي سبق أن أشرنا اليها عند دراسة نظام العمل والعمال في المملكة .



الباب الخامس

المعاشات في حالات الشيخوخة والعجز والوفاة

سبق ان ذكرنا أن التأمينات الاجتماعية نظام عمالى بحث يجابه الاخطار التى تحقق بالعامل شئ عملى ، ولعل من ابرز الاخطار التى يتعرض لها العامل اخطار العجز والشيخوخة ، كما تتعرض أسرته لاطار جسيمة فى حالة وفاته ، وقد هدف المشرع فى هذه الحالات الى تمكين العامل واسرته من مواجهة اعباء المعيشة .

الفصل الأول

معاش الشيخوخة

يستحق العامل معاش الشيخوخة اذا بلغ سن التقاعد .
وتستحق عائلة العامل من بعده فى هذا المعاش وذلك وفقا لاحكام النظم .

وقد نصت الفقرة الاولى من المادة (٣٨) من نظام التأمينات الاجتماعية على (ان المؤمن سواء كان رجلاً أم امرأة ، اذا بلغ سن الستين كاملة ، وتوقف عن ممارسة أى نشاط مهني خاضع للتأمين ، يحق له الحصول على معاش شيخوخة اذا أمضى على الاقل :

أ - مائة وعشرين شهراً تأمين ، منها ستة وثلاثون شهراً في خلال السنوات الخمس الأخيرة التي تسبق طلب المعاش والتوقف عن العمل . أو مائة وثمانين شهراً تأمين بالمجموع .)

وفي ضوء ما تقدم يشترط لاستحقاق معاش الشيخوخة الشروط الثلاثة الآتية :

أولاً : أن يبلغ المؤمن سن الستين .

ثانياً : ان يكون المؤمن عليه قد توقف عن ممارسة أى نشاط مهني من الأنشطة التي تخضع للتأمين .

ثالثاً : ان يكون المؤمن عليه قضى على الاقل مائة وعشرين شهراً تأمين منها ستة وثلاثون شهراً خلال السنوات الخمس الأخيرة السابقة على طلب المعاش وحصول التوقف عن العمل ، أو أن يكون المؤمن عليه قد قضى مائة وثمانين شهراً تأمين .

وتنص الفقرة الاولى من المادة (٣٨) من نظام التأمينات الاجتماعية على أن يحدد سن المؤمن عليه وفقاً لاحكام المادة (٤٥) من هذا النظام .

ووفقاً للمادة المذكورة يحدد سن طالب معاش الشيخوخة عن طريق شهادة ميلاده أو عن طريق شهادة تصدرها الجهات المختصة نظاماً .

على انه اذا تعذر تقديم أوبراز مثل هذه الشهادات ، فيحدد السن بواسطة طبيب أو أكثر تعينه المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية .

ويجوز الاعتراض على قرار الطبيب املم اللجنة الطبية الابتدائية المختصة ، المنصوص عليها في المادة (٤٨) من النظام ، المشكلة في المكاتب الرئيسية او

المكاتب الفرعية ، والمعينة من قبل مجلس ادارة المؤسسة العامة بناء على اقتراح المدير العلم .

ويجوز للعامل المؤمن عليه أو من يقع مقامه من المستحقين وفقا لاحكام نظم التأمينات الاجتماعية ، كما يجوز للمؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية ان تعترض على القرارات التى تصدرها اللجان الطبية الابتدائية ألام لجنة طبية تنشأ فى المديرية العامة للمؤسسة .

وتكون قرارات هذه اللجنة الأخيرة نهائية وغير قابلة للطعن فيها .
(٣٨) من نظام التأمينات الاجتماعية تبعا للقواعد المنصوص عليها فى المادة (٤٤) من النظام . وقد نصت المادة (٤٤) سالفه الذكر على أن تطبق فى حساب أشهر التأمين القواعد الآتية :

أ - فيما يتعلق بالمؤمن عليه ذى الأجور الشهرية فيسجل فى حسابه شهر تأمين مقابل كل اجر شهري كامل تقاضاه .

ب - أما المؤمن عليه الذى يتقاضى أجوره يوميا له شهر تأمين لكل مجموعة (٢٥) يوما من الأجور التى تقاضاها .

ج - وفيما يتعلق بالمؤمن عليه الذى يتقاضى أجوره على اساس القطعة فيسجل لحسابه مبدئيا شهر تأمين لكل شهر يتقاضى عليه اجرا . غير انه اذا كان حاصل قسمة الأجور التى تقاضاها خلال شهر على (٢٥) اعلى من الحد الأدنى خلال الشهر موضوع البحث عددا من ايام العمل تساوى حاصل قسمة الأجور المقبوضة (٢٥) يوما من الحد الأدنى للأجر اليومى .

وفى عمليات جمع مدد التأمين يعتبر الباقي من ايام العمل الذى يتراوح بين (١٣ و ٢٥) يوما بحكم شهر تأمين كامل . واذا نقص الباقي عن (١٣) يوما فيهمل .

ان المدد التى يتقاضى خلالها المؤمن عليه بدلات يومية للاصابة تعتبر بحكم مدد التأمين لاستحقاق ولحساب تعويضات فرع المعاشات . وتطبقا لهذا الحكم

يعتبر ثلاثون تعويض يومية بحكم شهر تأمين .

ويحسب معاش الشيخوخة بضرب جزء من خمسين من متوسط الأجور الشهرية في عدد سنوات التأمين . ويزاد معاش الشيخوخة عشرة في المائة بالنسبة الى الشخص الأول من اسرة المؤمن عليه ، والذي تقع اعالته على هذا الأخير ، وخمسة في المائة بالنسبة الى كل من الشخصين الثانى والثالث من هذه الأسرة ، وذلك وفقا لحكم الفقرة الثالثة من المادة (٢٨) من النظام .

ويقصد بمتوسط الأجور الشهرية طبقا للفقرة الثالثة من المادة (٢٨) جزء من اربع وعشرين جزءاً من مجموع الاجور التى تخضع للاشتراك والتى استوفيت من جانب العامل المؤمن عليه طيلة الأربعة وعشرين شهرا الأخيرة من التأمين .

وقد تعرض نظام التأمينات الاجتماعية لحالة العمال المتقدمين فى السن والذين لم يسعفهم الوقت بقضاء (١٢٠) شهرا تأمين المنصوص عليها فى البند (أ) من الفقرة الاولى للمادة (٢٨) من النظام . وفتح هؤلاء العمال باب الاستفادة من معاش الشيخوخة ، فنصت الفقرة الثانية من المادة (٢٨) على ان يمنح كل عامل مؤمن عليه ، سرح من عمله بعد بلوغه سن الستين كاملة ، شهر تأمين عن كل شهر ينقصه لبلوغ المائة وعشرين شهر تأمين .

ويطبق هذا الحكم خلال السنوات الخمس الاولى التالية لاقرار نظام التأمينات الاجتماعية او ادخاله فى المنطقة التى يعمل فيها العامل المؤمن عليه ذو العلاقة - طالب المعاش - شريطة ان يكون قد امضى مدة لا تقل عن ١٢٠ شهرا فى عمل مأجور منها مدة ٦٠ شهر تأمين متصلة على الاقل .

وتعرض نظام التأمينات الاجتماعية كذلك الى حالة العامل المؤمن عليه وصاحب معاش الشيخوخة الذى يعود الى ممارسة عمل مأجور خاضع لنظام التأمين ، ويدر عليه اجرا يساوى أو يزيد عن مبلغ معاشه ، فنص فى الفقرة الرابعة من المادة (٢٨) من النظام على ايقاف دفع معاشات ذلك العامل طيلة مدة ممارسته لمثل هذا العمل . فاذا زادت مدة ايقاف دفع المعاش عن سنة ، كان للعامل المذكور أن يطلب تعديل معاش الشيخوخة حتى يتسنى له ادخال المدة

التي قضاها في العمل بعد منحه المعاش ويتم تعديل هذا المعاش على اساس متوسط الأجور الشهرية التي سبق ان حدد المعاش في بادئ الأمر على أساسها .

أما المؤمن عليه الذي يبلغ الستين من العمر ، وقضى عليه مدة ستة اشهر على الأقل دون عمل خاضع للتأمين وكذلك المؤمن عليه المصاب بعجز مهني وفقا لاحكام الفقرة (٥) من المادة (٣٩) من النظام اللذان لا تتوافر فيها الشروط اللازمة للاستفادة من معاش شيخوخة او عجز ، يحق لكل منهما ان يتقاضى مبلغا يعادل مجموع الاشتراكات التي دفعت لحسابه باسم اشتراكات العمال (٥ في المائة من الأجر) مضافا اليها منحة قدرها (٥ في المائة) وذلك بشرط ان يكون قد امضى ١٢ شهر تأمين على الاقل وذلك وفقا لأحكام الفقرة الأولى من المادة (٤١) من النظام .

وعلى ذلك فانه يشترط لكي يفيد العامل من الاحكام السابقة :

أولا : ان العامل المؤمن عليه قد بلغ من العمر ستين عاما ، وان يظل دون عمل خاضع للتأمين مدة ستة أشهر على الاقل ، وأن يكون العامل المؤمن عليه مصابا بعجز غير مهني وفقا لاحكام الفقرة (٥) من المادة (٣٩) من نظام التأمينات الاجتماعية .

ثانيا : الا تتوافر في هذين العاملين المؤمن عليهما الشروط اللازمة للاستفادة من معاش الشيخوخة أو العجز المنصوص عليه في المادتين (٣٨) و (٣٩) من النظام .

ثالثا : أن يكون كل من العاملين سالفى الذكر قد امضى (١٢) شهر تأمين على الاقل .

كما نصت الفقرة الثانية للمادة (٤١) على انه يحق ايضا للاشخاص المذكورين فيما بعد أن يتقاضوا مبلغا يساوى المبلغ سالف الذكر في حالة وفاة مؤمن عليه لا تتوافر فيه الشروط المطلوبة لاستحقاقهم معاش الوراثة على شرط

أن يكون هذا المؤمن عليه قد امضى اثنى عشر شهر تأمين وهؤلاء الاشخاص هم :

أ - ارملة المتوفى .

ب - وفي حالة عدم وجود أرملة ، فالى اولاد المتوفى .

ج - وفي حالة عدم وجود أرملة وأولاد ، فالى أب وأم المتوفى .

د - وفي حالة عدم وجود أى شخص من الفئات سالفة الذكر فالى اخوات المتوفى واخوته .

الفصل الثاني

معاش العجز غير المهني

قد يصاب العامل بعجز لا يرجع الى مرض مهنة أو اصابة عمل وقبل أن يبلغ سن التقاعد ويطلق على هذا العجز العجز غير المهني ويحدث للعامل المؤمن عليه خارج نطاق التأمينات الأخرى التى عرضنا لها وعلى هذا يقتصر تطبيق حكم تأمين العجز غير المهني على العجز الذى يحدث قبل أن يبلغ العامل المؤمن عليه سن الشيخوخة ، ومن غير أن يكون هذا العجز راجعا الى اصابة عمل أو مرض مهنة .

ورعاية للعامل كفل المشرع السعودى هذا النوع من التأمين للعامل وفقا للمادة (٣٩) من نظام التأمينات الاجتماعية الذى يثبت للعامل المؤمن عليه الذى يصاب بعجز بسبب غير مهني قبل ان يبلغ سن التقاعد الحق فى الحصول على معاش عجز اذا كان قد امضى ستين (٦٠) شهر تأمين منها أربعة وعشرون (٢٤) شهرا تقع خلال السنوات الثلاث السابقة على بدء حصول العجز ؛ او مائة وعشرين (١٢٠) شهر تأمين دون أى اعتبار آخر .

وتأسيسا على ما تقدم فانه لا يشترط اذا أمضى العامل مائة وعشرين شهر تأمين أن تقع بعض هذه الشهور خلال فترة معينة كما في الحالة الاولى التى يضى فيها العامل (٦٠) شهر تأمين .

ولم يشأ المشرع حرمان العمال الذين لم يتموا مدة ستين شهر تأمين بالشروط سالفة الذكر من معاش العجز غير المهني فنص في البند (٢) من المادة (٣٩) على أن العمال المؤمن عليهم الذين يصابون بعجز قبل ان يكونوا قد اتموا مدة ستين (٦٠) شهر تأمين يثبت لهم الحق في ان يسجل في حسابهم شهر تأمين عن كل شهر ينقصه الى أن يصبح عدد اشهر التأمين ستين شهرا . وهذا الحكم يطبق في السنوات الثلاث الأولى التالية على اقرار نظام التأمينات الاجماعية وادخاله في المنطقة التى يقع في دائرتها عمل المؤمن عليه ، شريطة ان يكون هذا الأخير قد امضى ستين (٦٠) شهر عمل مأجور ، منها ثلاثون (٣٠) شهر تأمين متصلة على الاقل قبل بدء حصول العجز مباشرة . وقد حدد المشرع المقصود بالعجز غير المهني فنص في البند (٥) من المادة (٣٩) على ان (يعتبر المؤمن عليه في مفهوم هذه المادة ، مصابا بعجز غير مهني اذا توافرت الشروط الآتية :

أ - اذا استحاله عليه بسبب حالته الصحية المتأخرة الجسدية أو العقلية ، أو بسبب بتر احد اعضائه ، أو اصابته بعاقة ، ومع الأخذ بنظر الاعتبار للظروف العامة لفرص العمل ، أن يكسب اجرا يساوى على الاقل ثلث اجره السابق وذلك في مهنته الاعتيادية أو في مهنة مماثلة تتفق مع امكانياته ومع سنه ومع ملكاته الجسدية والعقلية وتكوينه المهني .

ب - اذا كانت حالة العجز المبينة في البند (أ) من شأنها حسب التقديرات الطبية أن تدوم مدة يفترض أن تساوى أو تزيد عن الستة اشهر .

ج - اذا كانت حالة العجز المعروفة آنفا قد حدثت قبل ان يبلغ المؤمن عليه الـ (٦٠) من العمر) .

وعلى هذا الاساس فانه يشترط أن يصلق على العامل وصف العامل المصاب بعجز غير مهني وفقا للمادة السابقة وأن تتوفر شروط استحقاقه لمعاش العجز غير المهني والا فانه لا يستحقه .

فاذا ثبت أن العامل الذي أصيب بالعجز غير مؤمن عليه اصلا ، أو أن العجز ليس بالدرجة التي تحول دون أن يكسب أجرا يساوى على الأقل ثلث أجره السابق سواء في مهنته الاعتيادية أو في مهنة ماثلة تتفق مع امكاناته وسنه ومع ملكاته الجسدية والعقلية وتكوينه المهني ، أو يثبت أن حالة العجز هذه من شأنه - حسب التقديرات الطبية أن تدوم مدة لا تقل عن ستة شهور أو كان ذلك العجز مع توافر الشروط السابقة قد حدث بعد بلوغ العامل سن الستين ، فان العامل لا يستحق بالتالى معاش عجز غير مهني .

ويتم حساب معاش العجز غير المهني طبقا لاحكام تقدير معاش الشيخوخة التي تناولتها المادة (٣٨) من نظام التأمينات الاجتماعية والتي سبق ان عرضنا لها بتفصيل .

وقد كفل المشرع لصاحب الحق في المعاش لعجز غير مهني حدا ادنى مقداره أربعون في المائة من متوسط الأجور الشهرية للعامل .

وبالاضافة الى ذلك قاذا ثبت ان العامل المصاب بالعجز غير المهني يحتاج الى مساعدة الغير لمواجهة أعباء الحياة العادية ، ففي هذه الحالة يزداد معاش العجز غير المهني بنسبة خمسين في المائة .

ولما كان من الجائز ان يبرأ صاحب معاش العجز غير المهني من عجزه لذلك جعل المشرع للمعاش صفة التأمين فنص على ان يمنح العاجز معاش العجز غير المهني بصورة مؤقتة ، وطيلة المدة التي تتوافر فيها شروط استحقاق هذا المعاش في حقه .

ويثبت استمرار حالة العجز باحقية صاحب المعاش لفحوص دورية تقوم بها اللجنة الطبية المنوه عنها في المادة (٤٨) : من النظام والتي تحدد عند اجراء الفحص موعد الفحص القادم .

ويصبح معاش العجز غير المهني نهائيا باكمال صاحبه سن الستين
مادة (٣٩)

الفصل الثالث

معاش الوفاة

يستحق ورثة العامل معاش الوفاة إذا توفي عامل مؤمن عليه تتوافر فيه شروط استحقاق معاش عجز غير مهني او اذا توفي عامل مستحق لمعاش شيخوخة ، وهذا ما تضمنته المادة (٤٠) من نظام التأمينات الاجتماعية التي نصت في البند (١) منها على انه في حالة وفاة مؤمن عليه مستجمع لشروط التأمين المقررة لاستحقاق معاش عجز (غير مهني) او وفاة صاحب معاش شيخوخة ، فان افراد عائلته الذين تقع اعالتهم عليه ، كما عرفتهم المادة (٢) من هذا النظام لهم الحق بمعاشات الورثة .

ويشترط لاستحقاق الأرملة المعاش ان يكون عقد زواجها قد تم قبل ستة اشهر على الأقل من الوفاة اذا كان الأمر يتعلق بمؤمن عليه يمارس العمل ، وقبل ١٢ شهرا من الوفاة اذا كان الأمر يتعلق بصاحب معاش شيخوخة أو عجز . ومن الجدير بالذكر ان معاش الوفاة الذي نظمت احكامه المادة (٤٠) من النظام لا يستحق وفقا للحساب السابق اذا كانت وفاة العامل نتيجة اصابة عمل او بعد استحقاقه بالفعل لمعاش الشيخوخة ، فان المجال الطبيعي لهذا النوع من التأمين ان تحدث الوفاة للعامل المؤمن عليه قبل بلوغه سن الشيخوخة ودون ان تعزى الوفاة الى اصابة عمل اما الوفاة التي تحدث بعد بلوغ سن الشيخوخة او نتيجة اصابة عمل فيحسب معاش الوفاة عندئذ وفقا للأحكام التي سبق ان عرضنا لها .

وقد حدد المشرع الورثة والمستحقين لمعاش الوفاة بانهم افراد عائلة العامل المؤمن عليه المتوفى والذين تقع اعالتهم على هذا الأخير . وقد حددتهم المادة (٢) من نظام التأمينات الاجتماعية على النحو التالى :

١ - ارملة او ارامل العامل المتوفى على انه يشترط لاستحقاق الأرملة للمعاش ان يكون عقد زواجها قد تم قبل ستة اشهر على الأقل من حصول الوفاة اذا كان الأمر يتعلق بعامل صاحب معاش شيخوخة او عجز .

٢ - اليتامى الذكور من اولاد العامل المتوفى ، الذين تقل اعمارهم عن عشرين سنة ، واليتيمات الى ان يتزوجن ، شريطة ان يكون تحت اعالة العامل المتوفى عند حدوث الوفاة . واذا ثبت ان هؤلاء اليتامى عاجزون عن ممارسة اية مهنة بسبب مرض مزمن او عاهة ، فانهم لا يقيدون باى حد للسن طيلة عجزهم .

٣ - اخوة واخوات العامل المتوفى ، ويجرى فى شأنهم ذات الأحكام المقررة بالنسبة الى الأولاد .

٤ - اب وام العامل المتوفى للذين كانا تحت اعالته عند حصول الوفاة ، شريطة ان يكون الأب قد جاوز من العمر ستين عاما ، وغير قادر على الكسب . وتعطى ارملة المتوفى (٥٠ ٪) خمسون فى المائة من معاش الشيخوخة او العجز الذى يستفيد منه زوجها المتوفى . ويعطى كل من بقية افراد عائلة المتوفى (٢٠ ٪) عشرون فى المائة من هذا المعاش واذا كان المتوفى غير نى معاش ، فان معاشات الورثة تحسب على اساس معاش العجز الذى كان يحق للمتوفى تقاضيه فيما لو كان اصيب بالعجز بتاريخ وفاته . واذا وجد اكثر من ارملة واحدة فان مبلغ معاش الأرملة يقسم بينهن على التساوى . واذا ترك المتوفى ايتاما من الأبوين فيضاعف المعاش المستحق لهم .

الفصل الرابع

قابلية المستحقات للوقف والحجز والنازل والسقوط

المبحث الأول :

حالات وقف دفع عائدات الإصابات والمعاشات

نص المشرع على حالات معينة يوقف فيها دفع عائدات الإصابات او المعاشات المستحقة وفقا لنظام التأمينات الاجتماعية ، وقد نصت الفقرتان الأولى والثانية من المادة (٥٠) من نظام التأمينات الاجتماعية على ان :

١ - يوقف دفع عائدات الإصابات وكذا المعاشات طيلة مدة حبس صاحبها في السجن نتيجة للحكم عليه بعقوبة سجن مدتها تساوى ستة اشهر او اكثر .
غير انه اذا كان لصاحب المعاش افراد من عائلته يعيلهم فان معاشه يدفع اليهم طيلة مدة الحبس .

٢ - يمكن توقيف عائدات الإصابات ومعاشات العجز (غير المهني) وفق الأصول المنصوص عليها في المادة (٣٠) الفقرة الخامسة من هذا النظام اذا رفض صاحبها دون عذر مشروع .

١ - ان يخضع للعلاج وللزيارات والفحوص الطبية او ان يواظب على دروس اعادة التدريب او التأهيل المهني المقررة من قبل الأجهزة المختصة في المؤسسة العامة .

ب - ان يتمتع عن ممارسة اى نشاط غير مسموح به .
ويتضح مما سبق ان المادة (٥٠) من نظام التأمينات الاجتماعية قد نصت على وقف عائدات الإصابات والمعاش في حالة حبس صاحبها او رفضه العلاج الطبي او امتناعه عن ممارسة اى نشاط محظور .

المطلب الأول

وقف دفع العائدات او المعاشات في حالات حبس صاحبها

نص النظام على وقف عائدة او بدل الاصابة او المعاش في الحالات التي يكون فيها العامل المؤمن عليه سجيناً تنفيذاً لحكم صادر ضده بمقابته بالسجن لمدة ستة اشهر او اكثر ففى هذه الحالة يوقف صرف عائدات الاصابة او المعاش لذلك العامل طيلة مدة السجن .

على انه اذا كان للعامل المؤمن عليه افراد من عائلته تقع إعالتهم عليه ، فان المعاش الذى يستحقه ذلك العامل يصرف الى هؤلاء الأفراد طيلة مدة السجن .

المطلب الثانى

وقف دفع العائدات او المعاشات لرفض العلاج الطبى

يوقف كذلك العائدة والمعاش في الحالة التى يرفض فيها العامل المؤمن عليه دون عذر مشروع الخضوع للعلاج ، وللزيارات ، وللفحوص الطبية ، او التى يرفض فيها المواظبة على دروس اعادة التدريب ، او التأهيل المهنى المقررة من قبل الأجهزة المتخصصة فى المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية وكذلك اذا رفض العامل المؤمن عليه الامتناع عن ممارسة اى نشاط غير مسموح به اذا كان من شأن هذه النشاطات تأخير الشفاء .

المبحث الثانى

عَدَمَ جَوَازِ الْجَمْعِ بَيْنَ تَعْوِضِ أَكْثَرِ

حظر المشرع الجمع بين اكثر من تعويض وفقاً لأحكام نظام التأمينات الاجتماعية فقد نص البند الثالث من المادة (٥٠) من نظام التأمينات

الاجتماعية على انه « ما عدا احكام المادة (٣٣) من هذا النظام اذا استحق المؤمن عليه او الوارث اكثر من تعويض واحد من التعويضات التى نص عليها هذا النظام يعطى التعويض الأكبر فقط من بين هذه التعويضات . »

ويتضح من صريح النص المذكور انه اذا استحق العامل المؤمن عليه او الوارث اكثر من تعويض وفقا لأحكام نظام التأمينات الاجتماعية لتوفر اكثر من سبب لاستحقاق هذا التعويض فلا يجوز للعامل أو الوارث أن يجمع بين تعويضين او اكثر اذا لا يستحق سوى اكبر التعويضات او اكثرها قيمة .
وقد استتنت المادة (٥٠) من هذا الحكم الحالات التى وردت فى المادة (٣٣) من النظام وهى الحالات الآتية :-

١ - الحالة التى يصاب فيها مستفيد من عائدة عجز دائم بعاهة اخرى ناتجة عن اصابة عمل اخرى :-

يحق للعامل فى هذه الحالة ان يتقاضى عائدة جديدة محسوبة تبعا لجملة الاضرار التى حاقت به ، ومتوسط الأجور المقابل للأشهر الثلاثة التى سبقت الاصابة الأخيرة .

على انه اذا اتضح ان متوسط الأجور يقل عن ذلك الذى حسبت العائدة الأولى على اساسه ، فان العائدة الجديدة تحسب على اساس الأجر الأعلى .
٢ - حالة حدوث اصابة جديدة لعامل مؤمن عليه سبق ان استفاد من تعويض اصابة مقطوعة :-

اذا استحق العامل المؤمن عليه تعويض اصابة مقطوعة نتيجة اصابته بعجز جزئى دائم يساوى او يزيد عن ١٠٪ ويقل عن ٣٠٪ وذلك وفقا للمادة (٣٢) من النظام التى سبق ان اشرنا اليها يمكن الجمع بين التعويض القديم والتعويض الجديد بشرط ان تكون الاصابة الجديدة قد ادت الى عجز دائم جزئى يساوى او يزيد عن عشرة فى المائة ، وفى هذه الحالة تحسب العائدة التى يحق للعامل المؤمن عليه ان يطالب بها تبعا لجملة الأضرار التى حاقت به وايضا تبعا لمتوسط الأجور الذى يقابل الأشهر الثلاثة التى سبقت حدوث الاصابة الجديدة

ويحسم من عائدة الستة وثلاثين شهرا الأولى مبلغ يعادل واحدا على ستة وثلاثين من تعويض الاصابة المقطوعة الذى كان قد قبضه العامل المذكور .

المبحث الثالث

عَدَم قابلية التعويضات للحجز أو التنازل وقابلية
البدلات اليومية للسقوط .

تتمتع التعويضات والبدلات التى تستحق وفقا لنظام التأمينات الاجتماعية بضمان عدم الحجز عليها او التنازل عنها الا طبقا للأحكام والشروط المقررة بالنسبة الى اجور العمال وهذا ما نصت عليه المادة (٥١) من النظام .

ويسقط الحق فى البدلات اليومية للاصابة بمضى سنة واحدة على استحقاقها وفقا لنص المادة (٥٢) من نظم التأمينات الاجتماعية .

ويسرى الحكم السابق كذلك على منح نفقات الجنازة .

اما بقية التعويضات الأخرى فيسقط الحق فيها بمضى خمس سنوات ، وذلك اعتبارا من تاريخ استحقاقها .

اما المبالغ الشهرية المستحقة سواء من العائدات او المعاشات فلا يجوز دفعها عن مدة تزيد عن ستة اشهر اعتبارا من تاريخ المطالبة بها مادة (٥٢) -



الباب السادس

النظام المقررة لمخالفة الاحكام النظام

سبق ان ذكرنا ان نظام التأمينات الاجتماعية تتعلق احكامه بالنظام العام ومن ثم يقع باطلا كل اتفاق على خلاف احكامه .

وفضلا عن ذلك فقد شفع النظام هذا بتقرير عقوبات على مخالفة احكامه فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٥٩) على ان يعاقب صاحب العمل الذى لا يقيد بأحكام هذا النظام وبتدبيره التنفيذية بغرامة تتراوح بين (١٠٠) إلى (٥٠٠) ريال .

واذا سبق ان كان حكم عليه بمخالفة لهذا النظام فيمكن ان تزداد الغرامة حتى ضعف هذه الحدود ، وتتعدد الغرامة بعدد العمال المؤمن عليهم الذين ارتكب صاحب العمل بصددهم مخالفة (اكثر على ان لا يزيد مجموع الغرامات المفروضة على خمسة آلاف ريال) .

ونصت الفقرة الثانية على انه « مع عدم الاخلال باية عقوبة اشد تنص عليها الأنظمة فان كل شخص يقدم متعمدا بيانات غير صحيحة بغرض الاستفادة او افادة الغير من التعويضات ، يعاقب بغرامة من (٥٠) ل (٣٠٠) ريال .

وتضاعف حدود هذه الغرامة اذا كان المخالف قد سبق ان حكم عليه من اجل بيانات غير صحيحة قدمت لنفس الغاية .

ويحكم على الشخص المخالف بالاضافة لهذه العقوبات ان يدفع للمؤسسة

العامّة كنعويض مدنى ضعف المبالغ المدفوعة اليه بصورة غير قانونية من المؤسسة العامة على اساس تلك البيانات .»

على ان المشرع قد نص على مدة معينة تسقط بها الدعاوى العامة والدعاوى المدنية وهذا ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (٥٩) التى نصت على ان « تسقط بمرور خمس سنوات الدعاوى العامة والدعاوى المدنية الناتجة عن المخالفات المعاقب عليها وفق الأحكام المبينة آنفا وما يوقف مرور الزمن على الدعوى العامة يوقف مرور الزمن على الدعوى المدنية والعكس بالعكس .»

وقد وضعت المادة (٦٠) من نظام التأمينات الاجتماعية على ان « كل اتفاق او تسوية تخالف احكام هذا النظم وتصدر ممن يشملهم هذا النظم تعتبر باطلة اذا كان من شأنها ان تضر بحقوق المستفيدين او ان تحمل المؤمن عليهم وافراد عائلاتهم التزامات اضافية .»

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
وَأَعِزُّوا حَقْلَهُمُ الْفَرْدَانِ مُحَمَّدٌ نَبِيُّ رَبِّ الْعَالَمِينَ

أَهْـبَرُ الْمُرَاجِعِ

أولاً : مراجع الفقه الإسلامي

مجموع فتاوى شيخ الاسلام احمد بن تيمية

جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد قاسم العاصمى النجدى الحنبلى ، سنة ١٣٨٣ هـ .

المغنى لابن قدامة

تحقيق الدكتور طه محمد الزينى ، طبعة القاهرة ١٩٦٩ م .

الفقه على المذاهب الأربعة

تأليف الأستاذ عبد الرحمن الجزيرى ، الجزء الثالث ، الطبعة الخامسة .

القواعد فى الفقه الاسلامى

تأليف ابن رجب الحنبلى ، الطبعة الأولى ، ١٩٣٣ م .

حاشية رد المحتار على الدر المختار

تأليف الشيخ محمد امين المشهور بابن عابدين ، ١٣٢٤ هـ .

شرح المجلة

للشيخ محمد خالد الأتاسى وابنه الشيخ طاهر الأتاسى ، ١٩٣١ م .

اصول الفقه

للشيخ عبد الوهاب خلاف ، القاهرة ١٩٥١ م .

أصول الفقه الاسلامى للشيخ محمد زكريا البرديسى ١٩٧٢ م

نظرية العقد

لابن تيمية .

الموافقات

للشاطبى .

الفقه الاسلامى مدخل لدراسة نظام المعاملات فيه

الدكتور محمد يوسف موسى ، القاهرة ١٣٧٤ هـ .

ثانياً : أهم مراجع القانون الخاص

اسماعيل غانم :

- محاضرات في النظرية العامة للحق سنة ١٩٥٨م .

- قانون العمل سنة ١٩٦١م .

اكثم الخولي :

- الموجز في القانون التجاري ، ج ١ ، القاهرة ١٩٧٠م .

- قانون التجارة اللبناني المقارن ، ج ٢ ، بيروت ١٩٦٨م .

- دروس في الشركات التجارية والقطاع العام ، القاهرة ١٩٦٤م .

- دروس في قانون العمل سنة ١٩٥٧م .

اكرم ياملكي :

- الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي ، ج ٢ ، بغداد سنة ١٩٦٩م .

ثروت عبد الرحيم :

- شرح القانون التجاري الكويتي ، الكويت سنة ١٩٧٥م .

- القانون التجاري المصري سنة ١٩٧٨م .

رزق الله الانطاكي ونهاد السباعي :

- الوجيز في الحقوق التجارية البرية سنة ١٩٥٩م

سليمان مرقص :

- المدخل للعلم القانونية سنة ١٩٦١م .

شمس الدين الوكيل :

- مبادئ القانون الخاص سنة ١٩٦٥م .

عبد الرازق السنهوري :

- الوسيط في شرح القانون المدني ، القاهرة سنة ١٩٦٩م .

- مصادر الحق في الفقه الاسلامي سنة ١٩٦٧م .

عبد الرازق السنهورى واحمد حشمت ابوستيت :

- اصول القانون سنة ١٩٤١م .

على البارودى :

- القانون التجارى ، الاسكندرية ١٩٧٥م .

على جمال الدين عوض :

- الوجيز فى القانون التجارى ، القاهرة ١٩٧٥م .

- الشركات التجارية ، القاهرة ١٩٦١م .

على حسن يونس :

- القانون التجارى ج ١ ، القاهرة ١٩٦١م .

- الشركات التجارية ، القاهرة ١٩٦٠م .

- المحل التجارى ، القاهرة ١٩٦٣م .

فريد مشرقى :

- اصول القانون التجارى ، ج ١ القاهرة ١٩٥٤م

فتحي عبد الصبور :

- الوسيط فى عقد العمل الفردى .

محسن شفيق :

- المطول ، شرح القانون التجارى المصرى ج ١ ، الاسكندرية ١٩٤٩م .

- الوسيط فى القانون التجارى المصرى ج ١ ، القاهرة ١٩٧٦م .

- الموجز فى القانون التجارى ، ج ١ ، القاهرة ١٩٦٦ - ١٩٧٦م .

محمد حسنى عباس :

- القانون التجارى ، القاهرة ١٩٦٦م .

- المؤسسات العامة ، القاهرة ١٩٦٧م .

- الملكية الصناعية والمحل التجارى ، القاهرة ١٩٧١م .

محمد حلمى مراد :

- قانون العمل والتأمينات الاجتماعية الطبعة الرابعة ١٩٦١م .

محمد صالح :

- شرح القانون التجارى ، ج ١ القاهرة ١٩٤٩م .

- شركات المساهمة ، القاهرة ١٩٤٩م .

محمود جمال الدين زكى :

- الوجيز فى عقد العمل ١٩٦٢م .

محمود سمير الشرقاوى :

- القانون التجارى ج ١ ، القاهرة ١٩٧٣م .

- شركات القطاع الخاص ووحدات القطاع العلم ، القاهرة ١٩٧٢م .

مصطفى كمال طه :

- القانون التجارى ، ج ١ ، الاسكندرية ١٩٥٦م .

- مبادئ القانون التجارى ، الاسكندرية ١٩٦٢م .

- الوجيز فى القانون التجارى ، ج ١ ، الاسكندرية ١٩٧٧م .

نور الدين جاني :

- شرح القانون التجارى المصرى ، ج ١ ، القاهرة ١٩٥١ - ١٩٥٢م .

نورى طالبانى :

- القانون التجارى العراقى ج ١ بغداد ١٩٧٢م .

ثالثاً : المراجع الرئيسية الأجنبية

- Batt, F.R. ——— The law of Master and Servant 1950 .**
- Burn et Gallant droit du travail 1958 .**
- charl sworth ——— Mercantile , London 1969.**
- Diamond A. S. ——— The law of master and servant 1931.**
- Didier ——— Droit commercial. T. i. Paris 1970 , collection themis.**
- Durand ——— traite de droit du travail.**
- Escara et roult ——— les societes commerciales. t. i. Paris 1950 .**
- Gauffret ——— Manuel de droit commercial Paris 1973.**
- Guyenot ——— cours de droit commercial Paris 1968.**
- Hamel at Lagard ——— Traite de droit commercial. t. i. Paris 1954 T. 2. Paris 1966,**
- Juglart et Ippolito ——— Droit commercial. V.i. Paris 1975 V2 Paris 1970.**
- Pipert et Roblot ——— Traite elementaire de droit commercial t.1 , Paris 1974 .**
- Pic , P. ———Traite elementaire de legislation industrielle 1930**
- Rodiere at Houin ——— Droit commercial. Actes de commerce et commercant. Banques at Bourse. Precis Dalloz Paris 1970 .**
- Rodiere ——— Groupements commerciaux Precis Dalloz Paris 1972 ,**
- Stevens & Borrie — elements of mercantile law London 1972.**
- Thaller at percerou ... traite element aire de droit commercial paris 1931**

رابعاً : الدوريات والنشرات والمجموعات الرسمية

- جريدة (أم القرى) الرسمية للمملكة العربية السعودية .
- الجريدة الرسمية للجمهورية العربية المصرية .
- الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية .
- جريدة (الوقائع العراقية) الرسمية .
- مجموعة قوانين العمل في الدول العربية , اصدرها معهد الدراسات العربية العالمية , الجزء الأول , سنة ١٩٥٨ م .
- مجموع احكام النقض المصرية للمكتب الفنى .
- مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض المصرية (مجموعة عمر) , جمع الأستاذ محمود احمد .
- مجموعة القواعد القانونية المقررة في قضايا العمل , ١٩٤٧ - ١٩٦٧ م , دمشق ١٩٦٩ م .
- المدونة العالمية , جمع الأستاذ حسن الفكهاى , الطبعة الثانية , ١٩٥٨ م .
- مجلة (القانون) الصادرة عن وزارة العدل السورية .
- مجلة (المحاماة) الصادرة عن نقابة المحامين بمصر .
- مجلة (المحامون) الصادرة عن نقابة المحامين بدمشق .
- مجلة التشريع والقضاء الصادرة عن دار النشر للجامعات المصرية .

فهرست

رقم الصفحة	الموضوع
٩	تصدير
	<u>الجزء الأول</u>
١١	النظرية العامة للقانون والعقد
١٣	<u>الباب الأول</u> : المدخل لدراسة القانون
١٣	الفصل الأول : تعريف وخصائص القانون
٢٢	الفصل الثاني : تقسيمات وفروع القانون
٤٢	الفصل الثالث : مصادر القانون
٨٨	الفصل الرابع : الروابط القانونية
١١٣	<u>الباب الثاني</u> : النظرية العامة للعقد
١١٥	الفصل الأول : في نطاق العقد وتقسيماته
	الفصل الثاني : أحكام العقد
	<u>الجزء الثاني</u>
١٥٥	مبادئ القانون التجارى السعودى
١٥٧	<u>الباب الأول</u> : ماهية ونطاق القانون التجارى
١٥٧	الفصل الأول : تعريف القانون التجارى ومصادره
١٦٩	الفصل الثاني : الأعمال التجارية
١٨٢	الفصل الثالث : الأعمال غير التجارية بطبيعتها
١٨٩	<u>الباب الثاني</u> : التاجر
١٨٩	الفصل الأول : شروط إكتساب صفة التاجر
٢٠٦	الفصل الثاني : تنظيم سير الحرفة التجارية
٢٢٧	<u>الباب الثالث</u> : المحل التجارى
٢٢٨	الفصل الأول : عناصر المحل التجارى
٢٣١	الفصل الثاني : العناصر المادية للمحل التجارى
٢٣٢	الفصل الثالث : الطبيعة القانونية للمحل التجارى
٢٣٣	الفصل الرابع : بيع المحل التجارى ورهنه

٢٣٥	الفصل الخامس : رهن المحل التجارى
٢٣٧	<u>الباب الرابع : الأحكام العامة للشركات التجارية</u>
٢٣٧	الفصل الأول : تعريف الشركات وأنواعها
٢٤٦	الفصل الثانى : تكوين الشركة
٢٦١	الفصل الثالث : الشخصيه المعنويه للشركة ونتائجها
٢٦٩	الفصل الرابع : إنقضاء الشركة
٢٨٩	<u>الباب الخامس : أنواع الشركات وفقا للنظام السعودى</u>
٢٨٩	الفصل الأول : شركات التضامن
٢٩٢	الفصل الثانى : شركة التوصية البسيطة
٢٩٥	الفصل الثالث : شركة المحاصة
٢٩٧	الفصل الرابع : شركة المساهمة
٣٠٧	الفصل الخامس : شركة التوصية بالأسهم
٣٠٨	الفصل السادس : الشركة ذات المسئولية المحدودة
٣١٢	الفصل السابع : الشركة ذات رأس المال القابل للتغير
٣١٣	الفصل الثامن : الشركة التعاونية
٣١٥	<u>الباب السادس : الإفلاس</u>
٣١٥	الفصل الأول : تعريف الإفلاس وأنواعه
٣١٨	الفصل الثانى : اجراءات إشهار الإفلاس
٣١٩	الفصل الثالث : قسمة الغرماء
	<u>الجزء الثالث :</u>
٣٢٣	نظام العمل والعمال فى المملكة العربية السعودية
٣٢٥	<u>الباب الأول : الخصائص العامة لنظام العمل</u>
٣٢٥	الفصل الأول : تمييز نظام العمل عن غيره من الأنظمة الأخرى
٣٣٤	الفصل الثانى : مصادر نظام العمل
٣٣٩	الفصل الثالث : العناصر المميزة لعقد العمل
٣٥٧	<u>الباب الثانى : مجال تطبيق نظام العمل والعمال</u>
٣٥٨	الفصل الأول : الأصل خضوع عقود العمل لنظام العمل والعمال
٣٦٢	الفصل الثانى : العقود المستعده من تطبيق النظام

	الفصل الثالث : العقود التي تطبق عليها جزئيا بعض أحكام
٣٦٦	نظام العمل والعمال
٣٧١	<u>الباب الثالث : خصائص عقد العمل</u>
٣٧١	الفصل الأول : عقد العمل عقد رضائي
٣٧٤	الفصل الثاني : عقد العمل عقد معاوضة
٣٧٥	الفصل الثالث : عقد العمل عقد شخصي
٣٧٦	الفصل الرابع : عقد العمل عقد زمني
٣٧٧	الفصل الخامس : هل عقد العمل عقد إذعان ؟
٣٧٧	الفصل السادس : أركان عقد العمل
٣٨٣	<u>الباب الرابع : آثار عقد العمل</u>
٣٨٣	الفصل الأول : آثار العقد بالنسبة للعامل
٤٠٤	الفصل الثاني : آثار العقد بالنسبة لرب العمل
٤١٨	الفصل الثالث : السلطة التأديبية
٤٢٩	<u>الباب الخامس : إنتهاء عقد العمل</u>
٤٣٠	الفصل الأول : أسباب الإنقضاء غير العادية
٤٤٠	الفصل الثاني : الأسباب العادية لانتهاء عقد العمل
٤٥٧	<u>الباب السادس : آثار انتهاء عقد العمل</u>
٤٥٨	الفصل الأول : في آثار الانتهاء المشروع لعقد العمل
٤٦٦	الفصل الثاني : في آثار الانتهاء غير المشروع لعقد العمل
	<u>الجزء الرابع</u>
٤٧٥	نظام التأمينات الاجتماعية في المملكة العربية السعودية
٤٧٧	<u>الباب الأول : أقليمية تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية</u>
	الفصل الأول : تعريف التأمينات الاجتماعية وتمييزها
٤٧٧	عن الضمان الاجتماعي
	الفصل الثاني: القواعد التشريعية لنظام التأمينات
٤٧٩	الاجتماعية السعودي
٤٨٤	الفصل الثالث : نطاق تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية
	<u>الباب الثاني : دور المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية</u>

٥٠١	من تطبيق نظام التأمينات الاجتماعية
٥٠١	الفصل الأول : تكوين مؤسسة التأمينات الاجتماعية
	الفصل الثاني : موارد المؤسسة العامة للتأمينات الاجتماعية
٥٠٧	وتشاتها المالى
٥١٣	<u>الباب الثالث : تحديد إصابات العمل وأمراض المهنة الخاضعة للنظام</u>
٥١٥	الفصل الأول : الأصابات التى تنتج من حوادث العمل
٥١٨	الفصل الثانى : الاصابات التى تنتج من حوادث الطريق
٥٢٠	الفصل الثالث : أمراض المهنة
٥٢٩	<u>الباب الرابع : التعويضات المستحقة للعمال أو ورثتهم</u>
٥٣٠	الفصل الأول : العلاج الطبى
	الفصل الثانى : البدلات اليومية التى تستحق للعامل فى
٥٣١	حالة العجز المؤقت
	الفصل الثالث : العائدات الشهرية والتعويضات المقطوعة فى
٥٣٣	حالة العجز الدائم الكلى أو الجزئى
	الفصل الرابع : العائدات الشهرية المقررة لورثة العامل المتوفى
٥٤٠	نتيجة إصابة عمل
٥٤١	الفصل الخامس : منحة نفقات جنازة العامل المؤمن عليه
٥٤٣	<u>الباب الخامس : المعاشات فى حالات الشيخوخة والعجز والوفاة</u>
٥٤٣	الفصل الأول : معاش الشيخوخة
٥٤٨	الفصل الثانى : معاش العجز غير المهنى
٥٥١	الفصل الثالث : معاش الوفاة
٥٥٣	الفصل الرابع : قابلية المستحقات للوقف والحجز والتنازل والسقوط
٥٥٧	<u>الباب السادس : الجزاءات المقررة لمخالفة أحكام النظام</u>
٥٥٩	<u>أهم المراجع</u>
٥٦٠	● أولا : مراجع الفقه الاسلامى
٥٦١	● ثانيا : اهم مراجع القانون الخاص
٥٦٤	● ثالثا : المراجع الرئيسيه الأجنبية
٥٦٥	● رابعا : الدوريات والنشرات والمجموعات الرسمية

إصدارات إدارة النشر بتهامة

سلسلة الكتاب العربي السعودي

صدر منها :

المؤلف	الكتاب
المرحوم الأستاذ أحمد قنديل	* الجبل الذي صار سهلاً
الأستاذ محمد عمر توفيق	* من ذكريات مسافر
الأستاذ عزيز ضياء	* عهد الصبا في البادية
دكتور محمود محمد سفر	* التنمية قضية
دكتور سليمان الغنام	* قراءة جديدة لسياسة محمد علي باشا
الأستاذ عبد الله جفري	* الظمأ (مجموعة قصصية)
دكتور عصام محمد علي خوقير	* الدوامة (قصة طويلة)
دكتورة أمل محمد شطا	* غداً أنسى (قصة طويلة)
دكتور علي بن طلال الجهني	* موضوعات اقتصادية معاصرة
دكتور عبد العزيز حسين الصويغ	* أزمة الطاقة إلى أين ؟
الأستاذ أحمد محمد جمال	* نحو تربية إسلامية
المرحوم الأستاذ حمزة شحاتة	* إلى ابنتي شيرين
المرحوم الأستاذ حمزة شحاتة	* رفات عقل
دكتور محمود زيني	* شرح قصيدة البردة (دراسة وتحقيق)
دكتورة مريم البغدادي	* عواطف إنسانية (ديوان شعر)
المرحوم الأستاذ حسين باسلامة	* عمارة المسجد الحرام
دكتور عبد الله حسين باسلامة	* وقفة
الأستاذ أحمد السباعي	* خالتي كدرجان (مجموعة قصصية)
الأستاذ محمد عمر توفيق	* طه حسين والشيخان
الأستاذ طاهر زعخشري	* عبر الذكريات (ديوان شعر)

- * الحضارة تحدُّ
- * لحظة ضعف
- * الرجولة عماد الخلق الفاضل
- * أفكار بلا زمن
- * علم إدارة الأفراد
- * الإبحار في ليل الشجن [شعر]
- * التنمية وجهاً لوجه
- * دكتور محمود محمد سفر
- * الأستاذ فؤاد صادق مفتى
- * المرحوم الأستاذ حمزة شحاتة
- * الأستاذ عبد الله الحصين
- * الأستاذ عبد الوهاب عبد الواسع
- * الأستاذ محمد فهد العيسى
- * دكتور غازي القصيبي

■ تحت الطبع

- * قال وقلت
- * نبض ..
- * الأستاذ أحمد السباعي
- * الأستاذ عبد الله جفري
- * السعد وعد (مسرحية)
- * عام ١٩٨٤ مجنون أوروين [ترجمة]
- * الأمثال الشعبية في مدن الحجاز
- * حصاد عمر وثمرات قلم
- * مكانك تحمدي
- * التاريخ العربي وبدايته
- * قصص من سومرست موم
- * مجلة الأحكام الشرعية
- * أيامي ..
- * ماما زبيدة [مجموعة قصصية]
- * خدعتني بحبا (مجموعة قصصية)
- * مدارسنا والتربية
- * السنيورا (قصة طويلة)
- * الدكتور عصام محمد علي خوقير
- * الأستاذ عز يز ضياء
- * الأستاذ أحمد السباعي
- * الأستاذ محمد حسين زيدان
- * الأستاذ أحمد محمد جمال
- * الأستاذ أمين مدني
- * الأستاذ عز يز ضياء
- * دكتور عبد الوهاب سليمان
- * الأستاذ أحمد السباعي
- * الأستاذ عز يز ضياء
- * الأستاذ عبد الله بوقس
- * الأستاذ عبد الوهاب أحمد عبد الواسع
- * الدكتور عصام محمد علي خوقير

- * الوحدة الموضوعية في سورة يوسف
- * النفس الانسانية في القرآن
- دكتور حسن محمد باجودة
- الأستاذ ابراهيم سرسيق

الكتاب الجامعي

صدر منها : —

- * النمو من الطفولة إلى المراهقة
- * النفط العربي وصناعة تكريره
- * الحضارة الإسلامية في صقلية وجنوب إيطاليا
- * الإدارة : دراسة تحليلية للوظائف والقرارات الإدارية
- * الجراحة المتقدمة في سرطان الرأس والعنق [باللغة الانجليزية]
- * علاقة الآباء بالأبناء [دراسة فقهية]
- * الملامح الجغرافية لدروب الحج
- * مبادئ القانون لرجال الأعمال في المملكة العربية السعودية
- دكتور محمد جميل منصور
- دكتور فاروق سيد عبد السلام
- دكتور أحمد رمضان شقلية
- دكتور عبد المنعم رسلان
- دكتور مدني عبد القادر علاقي
- الدكتور : فؤاد زهران
- الدكتور : عدنان جمجوم
- الدكتور : محمد عيد
- دكتورة سعاد ابراهيم
- الأستاذ سيد عبد المجيد بكر
- دكتور محمد ابراهيم أبو العينين

- * الاتجاهات العديدة والتنوعية للدوريات الأستاذ هاشم عبده هاشم
السعودية
- * القضايا التربوية في المملكة العربية الدكتور عباس نتو
السعودية
- * هندسة النظام الكوني في القرآن الدكتور عبد العليم عبد الرحمن خضر
- * الفكر التربوي في رعاية الموهوبين الدكتور لطفي بركات أحمد

رسائل جامعية

■ تحت الطبع

- * العثمانيون والإمام القاسم بن علي في اليمن أميرة علي المداح
- * بيان خطأ من أخطاء علي الشافعي الدكتور نايف هاشم الدعيس
- * المقصد العلي في زوائد أبي يعلى الموصلي الدكتور نايف هاشم الدعيس
- * القصة في أدب الجاحظ الأستاذ عبد الله أحمد باقازي
- * السيوطي ومنهجه في فقه اللغة الأستاذ محمد يعقوب تركستاني



مطبوعات
PUBLICATIONS

صدر منها : —

- * حارس الفندق القديم الأستاذ صالح ابراهيم
- تحت الطبع
- * دراسة نقدية لفكر زكي مبارك الدكتور محمود الشهابي
- (باللغة الانجليزية)
- * الرياضة عند العرب في الجاهلية وصدر الأستاذ أمين ساعاتي
- الاسلام .

خطوط وكلمات [رسوم كاريكاتورية]	* الأستاذ علي الخرجي
القرآن ودنيا الانسان	* الأستاذ صلاح البكري
الأسر القرشية .. أعيان مكة المحمية	* الأستاذ أبو هشام عبد الله عباس بن صديق
الاستراتيجية النفطية ودول الأوبك	* الأستاذ أحمد محمد إياشكندي
ألوان	* الأستاذ أحمد الشريف الرفاعي
التخلف الإملائي عند التلميذات	* الأستاذة نوال قاضي
وللخوف عيون	* الأستاذ أحمد شريف الرفاعي
سوانح وخواطر	* الأستاذ أحمد طاشكندي

كتاب للأطفال

صدر منها: —

لكل حيوان قصة

الكلب	* للاستاذ يعقوب اسحاق
القرود	*
الثعلب	*
الضب	*
الغراب	*
السلحفاة	*

■ تحت الطبع

الأرنب	*
الحمار الوحشي	*
الجمال	*
الأسد	*
الذئب	*
البغل	*

المهندس سرمد حاتم شكر السامرائي - Sarmed-

قناتنا على التليجرام: كتب التراث العربي والاسلامي

۴. سیر ملاحات بر شکر و

المؤلف



- 
 ليسانس في الحقوق
 من جامعة القاهرة عام ١٩٥٤م
 دبلوم معهد العلوم المالية والإدارية
 من جامعة القاهرة عام ١٩٥٨م
 ماجستير في القانون من جامعة كاليفورنيا
 بيركلي بالولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٦٢م
 دكتوراه في القانون من جامعة :
 SOUTHERN METHODIST UNIVERSITY بتكساس
 عام ١٩٦٧م
 أستاذ مشارك زائر بجامعة البترول والمعادن .
 بالظهران .
 مُستشار مُفوض بالمحكمة الدستورية
 العليا بجمهورية مصر العربية
 يشارك في أعمال التدريس في الجامعات المصرية
 والعربية .